NOVOS DIREITOS E SUA EFETIVAÇÃO NO BRASIL

Paulo José Leite Farias (org.)

Paulo José Leite Farias (org.)

Novos direitos e sua efetivação no Brasil

1ª edição

Autores:

Maria Amélia Matos Coelho

Paulo José Leite Farias

Gustavo Carvalho Chehab

Rodrigo King Lon Chia

Kaio Marcellus de Oliveira Pereira

Víctor Minervino Quintiere

Edilaine Cristina Ferreira Gomes Bonato

Mikaela Minaré Braúna

Mariana Penha Gonçalves

Luana Teresa F. C. Gomes

Brasília

2014

Instituto Brasiliense de Direito Público

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

Maria Amélia Matos Coelho e Paulo José Leite Farias[1]

O mundo moderno tem sido marcado pela rapidez com que se processam as mudanças sociais e o direito, como um fato social que espelha estas transformações, reflete-as, de forma direta ou indireta, em todas as esferas da vida.

Nós estamos vivenciando a "era dos direitos" (BOBBIO, 1992), principalmente por conta da universalização e multiplicação dos direitos humanos, fruto do processo histórico das lutas pelo reconhecimento dos direitos humanos das minorias, dos grupos vulneráveis e das novas formas de relações humanas surgidas com as constantes transformações sociais.

Ocorre, que apesar do reconhecimento alcançado, nem sempre todos os direitos são dotados de efetividade. Tal fato ocorre porque a teoria jurídica tradicional tem se deparado com grandes dificuldades em solucionar os problemas referentes aos novos direitos. Isso tem sucedido porque a visão acerca das relações jurídicas ainda está voltada para o individualismo, a conflituosidade, a certeza e tais estruturas não são mais condizentes com as características dos referidos direitos.

Assim, com objetivo de instigar o debate e a pesquisa acerca das características, alcance e efetividade dos novos direitos, foram realizados diversos seminários no âmbito da disciplina Constituição e a Proteção dos Novos Direitos: Direitos Difusos, Bioética e Direitos dos Sistemas Informatizados, com a participação expositiva e de produção acadêmica dos alunos do curso de mestrado, que ora são publicados como forma de valorizar e disseminar o conteúdo produzido.

Tratam-se de artigos inovadores por tratarem de temas recentes e atuais, bem como relevantes por apresentarem soluções para problemas jurídicos novos provocados por situações fáticas que requerem novas metodologias e ensaios conceituais.

Considerando que a disciplina Constituição e Proteção dos Novos Direitos visa proporcionar aos alunos conhecimentos que correlacionem o Direito

---

[1] Maria Amélia Matos Coelho - Mestranda em Direito Constitucional e Sociedade no Instituto Brasiliense de Direito Público e Paulo José Leite Farias - Doutor em Direito pela UFPE e Professor do IDP da disciplina Novos Direitos.

Constitucional e os Novos Direitos (direitos de 3ª, 4ª e 5ª geração na classificação de Norberto Bobbio, Paulo Bonavides e outros autores), foram procedidas análises de tópicos da proteção do meio ambiente, consumidor, patrimônio genético e informática, sob a ótica de uma perspectiva atualizada e inter-relacionada com a Constituição Federal, legislação infra constitucional, doutrina nacional e estrangeira, bem como jurisprudência especializada dos tribunais pátrios.

No primeiro texto, de autoria do Dr. Paulo José Leite Farias, que ministra a disciplina Constituição e Proteção dos Novos Direitos na grade curricular do Mestrado em Direito Constitucional e Sociedade do Instituto Brasilense de Direito Público é abordada a questão dos direitos dos animais, segundo uma nova concepção de proteção jurídica do meio ambiente não mais voltada para uma lógica exclusivamente antropocêntrica, mas sim tomando como referencial uma matriz jusfilosófica ecocêntrica, na qual "o homem não é o único ser animado capaz de titularizar a proteção ambiental" (LEITE, 2005. p. 128). Neste artigo é analisado de forma inédita a necessária harmonização entre a liberdade religiosa (direito de primeira geração) e a proteção do meio ambiente (direito de terceira geração).

No segundo texto, o magistrado e mestre pelo IDP, Gustavo Chehab, discorre sobre a questão do livre acesso à informação em contraposição à tutela da privacidade é o pano de fundo para discussões acerca de como efetivar a proteção da privacidade no "ciberespaço", em face do surgimento da moderna sociedade da informação e de todos os instrumentos tecnológicos que propiciam o tráfego intenso de informações neste ambiente virtual. Tais discussões se coadunam com a necessidade de transformação da dogmática jurídica tradicional com vistas a sua adaptação às novas demandas decorrentes dos novos direitos. Deve-se destacar que a contribuição de um ex aluno do IDP destaca a participação de discente que continua preocupado em contribuir para a instituição que o formou!

Na mesma linha de pensamento, o terceiro texto de Rodrigo King Lon Chia trata das adaptações que se fazem prementes no sistema penal brasileiro, em face dos crimes de informática cometidos não apenas contra os direitos da personalidade, mas também contra direitos patrimoniais e outros, de forma a "adequar os conceitos e institutos do Direito Penal à realidade da informática e das relações sociais" (p. 38).

No quarto texto, a responsabilização penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais é tratada como um mecanismo imprescindível para uma ampla e efetiva tutela do meio ambiente, por Kaio Marcellus de Oliveira Pereira, independentemente das inúmeras questões doutrinárias e jurisprudenciais que envolvem o tema.

No contexto da atual “proliferação” dos novos direitos, o direito a viver em um meio ambiente sadio é um direito fundamental amplamente reconhecido tanto no plano nacional quanto internacional. A importância deste direito para a efetivação de outros direitos fundamentais como a vida, saúde, segurança, desenvolvimento e promoção da dignidade humana é indiscutível, mas muitas questões de cunho filosófico, político, econômico ainda fazem parte dos debates sobre o tema meio ambiente. Uma destas ponderações diz respeito ao Princípio da Responsabilidade Intergeracional. Será que somos responsáveis pelas gerações futuras? Este questionamento é abordado no texto de Víctor Minervino Quintiere, a partir da análise da Obra “Environmental Ethics”, Capítulo IV, de Joseph Des Jardins.

No âmbito das discussões ético-jurídicas acerca dos novos direitos, o Biodireito e a possibilidade da Clonagem humana são debatidos sob o ponto de vista da doutrina de dois filósofos renomados- Bochenski e Singer no texto elaborado por Edilaine Bonato, no qual podemos perceber quantas polêmicas ainda envolvem o tema e a necessidade do aprofundamento maior do seu debate, especialmente à luz do Princípio da Dignidade Humana.

Outros temas relativos aos novos direitos são abordados nos demais trabalhos que enfatizam o meio ambiente natural e artificial. No texto de Mikaela Minaré Braúna são analisadas as inovações trazidas pelo Código Florestal Brasileiro. No que diz respeito à Federação como mecanismo de proteção ao meio ambiente, Mariana Penha Gonçalvez faz uma síntese das competências dos entes federativos. Por fim, Luana Teresa Gomes analisa a ordem urbanística como fator de prevenção da criminalidade.

De um ponto de vista abrangente, buscou-se nos textos apresentados a análise de questões atuais e complexas que demandam um novo olhar do direito

para as questões contemporâneas relacionadas aos novos direitos, tema de preocupação do mestrado em Direito e Sociedade do IDP.

SACRIFÍCIOS DE ANIMAIS EM RITUAIS RELIGIOSOS À LUZ DA PROTEÇÃO DOS ANIMAIS E DA LIBERDADE DE RELIGIÃO: UMA ANÁLISE COMPARADA DO *CASE CHURCH OF THE LUKUMI BABALU AYE V. CITY OF HIALEAH (1993)*

Paulo José Leite Farias[2]

1. Novos Direitos e sua ponderação com velhos direitos

Pelo fato dos direitos fundamentais estarem previstos na Constituição, o Estado tem papel fundamental na sua proteção. O Legislativo, o Executivo e o Judiciário têm que proteger o direito à saúde, o direito ao meio ambiente sadio, o direito das minorias, o direito às cidades sustentáveis, o direito ao desenvolvimento sustentável dentre inúmeros outros previstos na nossa Carta Magna. Assim, o dever de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais é do poder público em geral; entretanto o Poder Judiciário possui papel fundamental na resolução dos conflitos entre direitos humanos. No presente artigo veremos que esta tarefa não é fácil e está sujeita a uma série de debates a respeito de qual o direito fundamental deve prevalecer em determinada situação (conflitos entre direitos fundamentais).

Nesse aspecto, cabe ao Judiciário a palavra final a respeito do conflito entre direitos fundamentais. Uma matéria jornalística ou a biografia de uma celebridade, por exemplo, pode contrapor o direito de liberdade de expressão e a pretensão à privacidade do retratado. Considerados em abstrato, ambos os direitos são acolhidos pela Constituição, cabendo ao Poder Judiciário indicar, no caso concreto, qual deles deve prevalecer e em que termos. Assim, se um indivíduo tem uma vida pública ativa (é um político!), será mais provável que uma reportagem envolvendo aspectos da sua vida particular venha a ser colocado em primeiro plano em relação à proteção de sua intimidade.

---

[2] Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, docente permanente do Instituto Brasiliense de Direito Público, mestre em Direito pela Universidade de Brasília, doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco, Pós-Doutorado pela Boston University.

É possível observar que o Supremo Tribunal Federal decide diversos casos envolvendo esses conflitos de direitos fundamentais e no presente artigo vamos analisar um caso ainda não analisado pelo Supremo Tribunal Federal, mas que já foi objeto de decisão pela Suprema Corte Americana: pode o Estado limitar o direito de exercício da religião (velho direito de primeira geração) em nome da proteção dos animais (novos direitos na classificação de Norberto Bobbio)?

Norberto Bobbio levanta a questão dos **novos direitos**, partindo dos direitos humanos e considerando o avanço da eletrônica, da química, da física, da biologia, da cibernética e de outros ramos do conhecimento científico.

Assim, elenca cinco gerações/dimensões de direitos representativas dos avanços sociais:

1ª) a categoria dos direitos individuais, que pressupõem a igualdade formal perante a lei e constituem garantia do cidadão, diante da força cada vez mais descomunal do Estado;

2ª) a categoria dos direitos sociais, que procura inserir o sujeito de direito no contexto social, representando um compromisso sócio- ideológico do Estado em busca da justiça social;

3ª) a geração dos direitos transindividuais, compreendendo os coletivos e difusos, abarcando a proteção do consumidor, **meio ambiente (e proteção dos animais)** e outros valores considerados importantes para a vida da sociedade;

4ª) a geração dos direitos do patrimônio genético, relacionados à biotecnologia e bioengenharia, tratando de questões relativas à vida;

5ª) os direitos dos sistemas informatizados e de comunicação, que fizeram inclusive romper a noção de fronteira entre países e, também, a noção de tempo, tirando-nos a consagrada ideia de presente e passado.

Bobbio (1992) mostra, na obra "A Era dos Direitos", que tem acelerado o processo de multiplicação dos direitos, em face do aumento de bens para serem tutelados, do crescimento dos sujeitos de direito e pela ampliação da proteção jurídica de certos sujeitos como a criança, o doente, o velho, etc.

Se dos direitos individuais passou-se aos sociais, a titularidade de muitos foi também ampliada aos grupos (extensão da capacidade processual de

agir) ou atribuída **a sujeitos diferentes do homem como os animais, a natureza,** etc.

Esses direitos, que são um produto das lutas históricas, oferecem um aumento da complexidade jurídica e, por si, às vezes, como os princípios sócio-ideológicos (dispositivos programáticos) ou os transindividuais, são ainda vagos ou heterogêneos.

Nesse contexto concebe-se o presente artigo. Os novos direitos estão carecendo de uma teoria geral, que defina seus caracteres, significado e extensão, dentro de uma considerável uniformidade. Cabe à doutrina e à jurisprudência utilizando, muitas vezes, apenas princípios constitucionais, explícitos ou implícitos e Declarações ou Tratados, definir o sentido e estabelecer os limites destes direitos em contraponto com outros direitos humanos já consolidados como o direito de propriedade e o direito de liberdade religiosa.

2. A proteção dos animais no contexto da vedação à crueldade em rituais religiosos como os praticados na Umbanda e no Candomblé (Santeria)

Inicialmente, deve-se observar que a falta de personalidade, em si, não prejudica, substancialmente, a proteção jurídica dos seres vivos em geral na categoria jurídica de objetos ("coisas") de direitos transindividuais, com fundamentos valorativos antropocêntricos.

Corroborando essa assertiva, a expressiva decisão da Suprema Corte Americana no *case* Sierra Club v. Morton. Nesta decisão histórica, não obstante, o voto minoritário em separado do *Justice* Douglas,[3] a Suprema Corte protegeu o *Mineral King Valley* dos esforços da *Walt Disney Corporation* de construir estação de

[3] Para o *Justice* Douglas, voto dissidente no julgamento referido, **os objetos inanimados podem, em algumas situações ser parte em um julgamento**, como os são as pessoas jurídicas, tendo inclusive sugerido a mudança da denominação do *case* de *Sierra Club v.Morton* para *Mineral King Valley v. Morton*: "*Inanimate objects are sometimes parties in litigation. A ship has a legal personality, a fiction found useful for maritime purposes. The corporation sole - a creature of ecclesiastical law - is an acceptable adversary and large fortunes ride on its cases. The ordinary corporation is a ´person` for purposes of the adjudicatory processes, whether it represents proprietary, spiritual, aesthetic, or charitable causes*". (Nesse sentido vide Sierra Club v. Morton, 405 U.S. 727 (1972), *dissenting vote of Justice Douglas*, SUPREME COURT. *Sierra Club. v. Morton*. Disponível em: <http://www.law.umkc.edu/faculty/projects/ftrials/conlaw/sierraclub.html >. Acessado em 25 de Jul. de 2002).

esqui na região, não porque o ecossistema “em si” tinha direitos a serem protegidos, mas sim porque os membros da Organização não Governamental (ONG) americana *Sierra Club* (homens) tinham interesses a serem preservados na utilização daquele ecossistema ao realizarem suas escaladas e caminhadas recreativas naquele local.

Assim, a proteção ambiental nesse consagrado julgado da Suprema Corte Americana pode ocorrer, ainda que com fundamentos antropocêntricos.

Não obstante esta consideração inicial, cada dia mais a ciência e a filosofia sinalizam a existência de valores intrínsecos de seres vivos e a consequente existência de interesses destes a um meio ambiente saudável. Entretanto, de forma estanque, a ciência jurídica vigente posiciona-se, de forma exclusiva, pela personalidade como atributo humano ou de conjunto de homens.

Para Barbosa e Drummond (1994, p. 265-289), o movimento ambiental gerou diversas propostas para um novo relacionamento entre o homem e a natureza, dentre eles destaca-se a ideia de direitos da natureza, onde o homem não é mais superior à ela, mas sim faz parte dela (visão biocêntrica ou ecocêntrica).

Do mesmo modo, Keith Thomas (1988, p.21-25), ao tratar da visão inglesa da Natureza nas dinastias dos Tudor (1485-1603) e Stuart(1603-1714), séculos XV e XVIII, ressaltava a absoluta superioridade do homem em relação aos outros seres animados e inanimados, o que fundamentaria a sua relação de senhor da natureza, destacando:

> (...) a visão tradicional era que o mundo fora criado para o bem do homem e as outras espécies deviam se subordinar a seus desejos e necessidades (...) A natureza não fez nada em vão, disse Aristóteles, e tudo teve um propósito. As plantas foram criadas para o bem dos animais e esses para o bem dos homens. Os animais domésticos existiam para labutar, os selvagens para serem caçados
> (...) Os vegetais e minerais eram considerados da mesma maneira, Henry More pensava que seu único propósito era estender a vida humana. Sem a madeira, as casas dos homens não passariam de “uma espécie maior de colméias ou ninhos construída de gravetos e palha desprezíveis e de imunda argamassa”; sem os metais, os homens teriam sido privados da “glória e pompa” da batalha, ferida com espadas, armas e trombetas; em vez disso, haveria somente “os uivos e brados de homens pobres e nus espancando-se uns aos outros (...) com porretes, ou brigando tolamente aos murros” Até mesmo as ervas daninhas e os venenos tinham seus usos essenciais, notava um herbanário: exercitavam “o engenho humano em eliminá-los (...) Não tivesse ele nada contra que lutar e o lume de seu espírito estaria em parte extinto.

Entretanto, a relação do homem com a natureza modificou-se ao longo da sua existência. Durante milhares de anos, desde a Pré-história até o Período Neolítico, a relação entre o Homem e o meio ambiente que o rodeava caracterizou-se pela resignação do Homem aos fenômenos naturais.[4]

Havia passividade do ser humano com relação à natureza. Os principais problemas ambientais com que o Homem se defrontava, eram as catástrofes naturais, como tempestades, terremotos ou inundações, a que estava sujeito e que via suceder incompreensível e incontrolavelmente.

A força dos fenômenos naturais inspirou no Homem um temor reverencial profundo pelas manifestações da natureza, por não conseguir explicá-las a contento.

Conforme afirma, Maria Aragão (1997, p. 17): "Numa tentativa de compreensão, antropomorfizou os elementos naturais que o rodeavam e transformou as suas manifestações em ´estados de espírito´ da Natureza".

Na evolução da interação entre homem e natureza, grande marco foi a capacidade humana de lidar com o fogo. Constituiu mecanismo de atuação do homem sobre a natureza para moldá-la em seu benefício. Também, foi a primeira extração química de energia. [5]

Antecedendo à Revolução Industrial, na Inglaterra dos séculos XV e XVIII, havia série de justificativas para a superioridade humana em relação à natureza. Conforme bem descreve Keith Thomas (1988, p. 37), a busca do atributo diferenciador do homem em relação aos outros seres foi um dos mais sérios desafios enfrentados pelos filósofos ocidentais:

> Assim, o homem foi descrito como animal político (Aristóteles); animal que ri (Thomas Willis); animal que fabrica seus utensílios

---

[4] "Esse seria o panorama dominante até o Neolítico, durante o qual o homem se tornou sedentário e passou a se dedicar à agricultura. Começaram, então, a ser mais diferenciadas e especializadas as funções". (MORAES, Emanuel de. *A origem e as transformações do Estado*, vol. I, Rio de Janeiro: Imargo, 1996, p. 45). No mesmo sentido, HUBERMAN ressalta que a estratificação social de funções torna-se possível com a agricultura: "Também alguém tinha que fornecer alimentação e vestuário para os clérigos e padres que pregavam, enquanto os cavaleiros lutavam. Além desses pregadores e lutadores existia, na Idade Média, um outro grupo: os trabalhadores". (HUBERMAN, Léo. *História da Riqueza do Homem*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1986, p. 3).

[5] "Imediatamente significou calor e luz, a conquista do frio e da escuridão (...) As famílias podiam sobreviver mais do que antes em regiões mais frias e podiam habitar zonas tempreadas com um pouco mais de facilidade". (ROBERTS, J. M. *O livro de ouro da história do mundo*. Trad. Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2.000, p. 32 e 33)

(Benjamin Franklin); animal religioso (Edmund Burke); e um animal que cozinha (James Boswell, antecipando Lévi-Strauss). Como observa o sr. Cranium do romancista Peacock, o homem já foi definido como bípede implume, como animal que forma opiniões e, ainda, animal que carrega um bastão. O que todas essas definições têm em comum é que assumem uma polaridade entre as categorias "homem" e "animal" e que invariavelmente encaram o animal como inferior.

A superioridade humana, também, pode ser inferida da obra de Locke (1998, p. 408-409), ao expor que a pessoa humana tem o poder, por meio de elementos intrínsecos a ela ("trabalho de seu corpo e a obra de suas mãos"), de transformar em próprio o que originariamente era de todos os homens:

> Embora a Terra e todas as criaturas inferiores sejam comuns a todos os homens, cada homem tem uma propriedade em sua própria pessoa. A esta ninguém tem direito algum além dele mesmo. O trabalho de seu corpo e a obra de suas mãos, pode-se dizer, são propriamente dele. Qualquer coisa que ele então retire do estado com que a natureza a proveu e deixou, mistura-a ele com o seu trabalho e junta-lhe algo que é seu, transformando-a em sua propriedade.

Nesse contexto, deve ser analisada a proteção dos ecossistemas e dos animais, como ocorreu no *case Church of the Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah (1993)*.[6]

Ao se instalar um culto afro-americano de "*Santeria*"[7] na cidade americana de Hialeah na Flórida em 1987, o poder público municipal tentou evitar a

---

[6] Para o Justice Kennedy: "This case involves pratices of the Santeria religion, which originated in the 19th century [...] First, the city concul adopted Resolution 87-66, which noted the ´concern´expressed by residents of the city 'that certain religions may propose to engage in practices which are inconsistent with public morals, peace or safety' [...] Among other things, the incorporate state law subjected to criminal punishment ´whoever ... unnecessarily or cruelly ... kills any animal [...] The Free Exercise Clause commits government itself to religious tolerance, and upon even slight suspicion that proposals for state intervention stem from animosity to religion or distrust of its practices, all officials must pause to remember their own high duty" (SUPREME COURT. Church of the Lukumi Babalu. v. City of Hialeah (1993). Disponível em: < http://supct.law.cornell.edu/supct/html/91-948.ZO.html>. Acessado em 25 de Jul. de 2002).

[7] "Certain religions with significant numbers of adherents in the United States practice animal sacrifice [...] Santeria is based on an ancient African religion that metamorphosed into Santeria in the New World. When hundreds of thousands of members of the Yoruba people were brought as slaves from Eastern Africa (mostly modern Nigeria) [...] In the process of syncretion, Yoruba people mixed their faith with the Catholicism of their captors and owners, and began to practice ´Santeria´ [...] Some of the religious rites of Santeria involve the sacrifice of animals. " (RUTGERS UNIVERSITY SCHOLL OF LAW. "Santeria and animal sacrifice". In Animal rights law project. Disponível em: < http://www.animal-law.org/sacrifice/sacrfc.htm>. Acessado em 30 jul. 2002).

prática corriqueira de sacrifício de animais nestes cultos, seja pela proteção dos animais, seja pela proteção da saúde. O ritual de Santeria é originário do oeste africano e veio junto com os afros americanos para o Brasil e para os Estados Unidos da América. A questão decidida, por maioria na Suprema Corte Americana, condenou o fim público municipal de proteção dos animais em relação às crueldades realizadas no culto, considerando, no caso concreto, o direito humano assegurado na Constituição Americana de liberdade religiosa preponderante em relação à crueldade e ao respeito da vida dos animais.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal brasileiro, a questão também tem sido objeto de discussão, sob o prisma da ponderação de direitos humanos como a preservação do meio ambiente/proteção dos animais e o exercício de atos humanos de crueldade para com os animais respaldados por elementos culturais, ambos dispositivos constitucionais.[8]

Por fim, conforme ensina a dogmática já analisada, os direitos a um meio ambiente saudável, nele incluído a proteção dos animais, por serem difusos, sem personificação determinada, não sendo de ninguém, podem e devem ser protegidos para o bem de todos. Onde o termo "todos", poderia englobar não só os homens, mas também, com uma mudança de postura filosófica e jurídica, os seres vivos em geral e os elementos abióticos da Terra.

---

[8] STF – Recurso Extraordinário nº 153.531-8-SC, Rel. Min. Marco Aurélio, publicado no Diário de Justiça de 13/03/98. Nesse sentido, o referido acórdão retrata a necessária obediência dos entes federados às normas ambientais previstas na Constituição Federal, *verbis*: "COSTUME – MANIFESTAÇÃO CULTURAL – ESTÍMULO – RAZOABILIDADE – PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA – ANIMAIS –CRUELDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância da norma do inciso VII do artigo 225 da Constituição Federal, no que veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Procedimento discrepante da norma constitucional denominado "**farra do boi**". Consoante ensinamentos extraídos do voto do Min. REZEK no acórdão citado: "Somos, embora Estado federal, uma civilização única, subordinada a uma ordem jurídica central. A qualquer brasileiro, em qualquer ponto do território nacional, assiste o direito de querer ver honrada a Constituição em qualquer outro ponto do mesmo território".
No mesmo sentido, STF – Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.856-RJ (medida liminar), Rel. Min. Carlos Velloso, julgada em 3/09/98. Foi deferida liminar para suspender a eficácia da Lei 2.895/98, do Estado do Rio de Janeiro, que autoriza a realização de competições conhecidas por "brigas de galo", por ofensa ao inciso VII do §1º do art. 225 da CF – que **atribui ao poder público o dever de proteger a fauna e veda, na forma da lei, as práticas que submetam os animais a crueldade.**

3. Pode o Estado por meio do poder de polícia restringir a atividade religiosa de sacrifício de animais com o objetivo de protegê-los? Uma nova visão do julgado "farra do boi" no Supremo Tribunal Federal.

No caso da Suprema Corte Americano já referido (*Church of the Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah*), a resposta foi negativa. A Suprema Corte Americana em voto da maioria liderado pelo Justice Kennedy decidiu que não. Que deveria haver a prevalência do direito de liberdade religiosa assegurado na primeira emenda da Constituição Americana.

Haveria no exercício do poder de polícia municipal referido uma afronta deliberada ao exercício de determinada religião afro americana, sem que houvesse um imperativo interesse de proteção de um bem relevante. Ao analisar o caso o Justice Kennedy mostra aparente contradição da política pública, pois neste município da Flórida a pesca é permitida, bem como o extermínio de ratos no ambiente doméstico. Assim, a legislação foi criada sobre medida para evitar o culto religioso e não para proteger os animais.

Indagar-se-ia, se no Brasil a decisão seria a mesma, tendo em vista os julgados já mencionados do Supremo Tribunal Federal envolvendo a farra do boi e a briga de galo à luz do disposto no art. 225 da Constituição Federal!

Observa-se que a Constituição Brasileira ao contrário da americana é bastante analítica na matéria ambiental.

Nesse aspecto, na farra do boi, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal definiu a prevalência da proteção dos animais em relação à proteção cultural de prática oriunda de imigrantes açorianos.

Para o historiador Lacerda (1993, p.115-118), a origem da manifestação da farra do boi remonta aos primórdios do Estado Português, entre o final do século XII e início do século XIII, durante os rituais da Semana Santa, onde bois eram sacrificados em substituição ao bode expiatório. Alguns dizem que é um ritual simbólico, uma encenação da Paixão de Cristo, onde o boi representaria Judas; outros acreditam que o animal representa Satanás. Destaca-se, pois, que apesar deste aspecto não ter sido abordado no voto do Ministro Maurício Correa no

julgamento da farra do boi, há um claro conteúdo religioso na farra do boi conectado ao conteúdo cultural abordado no julgamento.

A resposta fica, pois, em aberto! A pergunta, entretanto destaca como na prática é necessária a maior especificação da proteção do meio ambiente e dos animais. Esta especificação doutrinária, legal e jurisprudencial facilitaria a confrontação dos direitos dos animais com outros valores constitucionais antropocêntricos mais antigos na cronologia das dimensões dos direitos humanos, tal qual a liberdade religiosa.

Bibliografia

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. O princípio do poluidor pagador – pedra angular da política comunitária do ambiente. Coimbra: Coimbra, 1997.

BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BARBOSA, Livia N. H.; DRUMMOND, José A. *Os Direitos da Natureza numa sociedade relacional: reflexões sobre uma nova ética ambiental. Estudos Históricos*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 14, 1994.

LACERDA, Eugênio Pascele. *Farra do boi: a história e a polêmica*. In. BASTOS, Rafael José de Menezes Bastos (Org.) Dionísio em Santa Catarina – Ensaios sobre a Farra do Boi. Florianópolis: Ed. da UFSC, 1993.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Trad. Júlio Fisher. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MORAES, Emanuel de*. A origem e as transformações do Estado*, vol. I, Rio de Janeiro: Imargo, 1996.

ROBERTS, J. M. *O livro de ouro da história do mundo*. Trad. Laura Alves e Aurélio Rebello. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

THOMAS, Keith. *O homem e o mundo natural: mudanças de atitudes em relação às plantas e aos animais (1500-1800).* São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

INTERNET E DIREITOS FUNDAMENTAIS: LIVRE ACESSO À INFORMAÇÃO *VERSUS* TUTELA DA PRIVACIDADE

Gustavo Carvalho Chehab[9]

Resumo: Na atual sociedade da informação, a proliferação da Internet fez surgir inúmeros conflitos de interesse, especialmente diante do binômio livre acesso à informação e privacidade. A Internet é um território livre por onde circulam diariamente incontáveis informações. Em razão da tecnologia da informação, o próprio entendimento sobre privacidade mudou fazendo surgir a Teoria do Mosaico. O presente estudo aborda a problemática da privacidade e do livre acesso à informação na Internet, as técnicas de solução desses direitos fundamentais, a nova concepção da existência de um sobredireito fundamental que precede diretos de personalidade. Abordam-se os principais problemas para a privacidade que a Internet traz e as técnicas mais comuns para a sua proteção judicial. Pretende-se, com isso, auxiliar os operadores do Direito para os desafios que esse tema atual traz.

Palavras-chaves: Internet; Sociedade da informação; Livre acesso à informação; Privacidade.

Introdução

As novas tecnologias da informação fizeram nascer uma sociedade da informação, na qual a circulação de dados é cada vez mais intensa e rápida, especialmente na Internet.

Diante desse tráfego intenso de informações, como tutelar a privacidade no ciberespaço? A resposta a essa pergunta passa não apenas por questões jurídicas sobre o alcance dessa privacidade, mas também pelo confronto com o livre acesso à informação e com as dificuldades técnicas operacionais para o pleno exercício desse direito fundamental.

---

[9] Mestre em Direito Constitucional pelo IDP/DF. Especialista em Direito do Trabalho pelo Uniceub/DF. Secretário-geral e ex-diretor de informática da Amatra 10. Juiz do Trabalho no TRT da 10ª Região (DF e TO).

Para responder a essa indagação, é necessária uma reflexão crítica, que pode ser útil nessa fase de compreensão dos novos direitos advindos da sociedade da informação.

1. A sociedade da informação

O avanço das novas tecnologias e as mudanças no mundo e na sociedade daí advindas fez surgir o conceito de sociedade da informação. Jacques Delors foi quem, em 1993, cunhou essa expressão durante o Conselho Europeu de Copenhagen (MARQUES, 2000. p. 43).

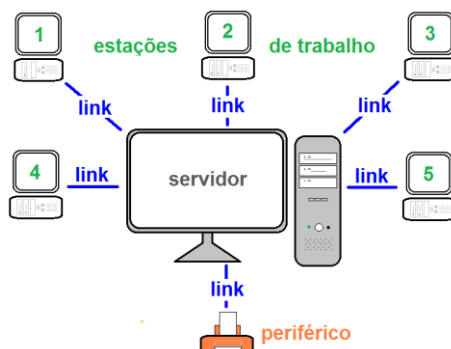
Para Tatiana Vieira (2007, p. 176), sociedade da informação é uma "nova forma de organização social, política e econômica que recorre ao intensivo uso da tecnologia da informação para coleta, produção, processamento, transmissão e armazenamento de informações".

A sociedade da informação está fundada na ampla utilização da tecnologia da informação e comunicação, que, por meio de aparelhos de informática e de telecomunicações, grava, recupera, manipula e transmite dados (DAINTITH, 2009).

1.1. Computadores e redes

Dentre as novas tecnologias utilizadas pela sociedade da informação, merece destaque o computador, que é o equipamento eletrônico com a capacidade de receber (captar e gravar) dados, processá-los, transformá-los e/ou entregá-los por meio de cópias ou outra espécie de reprodução (ALMEIDA FILHO e CASTRO, 2005, p. 16).

Vários computadores podem ser conectados, interligados, formando em uma rede (MARÇULA e BENINI FILHO, 2008, p. 51), que lhes permitem trocar informações entre si. Na rede, os computadores (estações de trabalho) estão interligados por cabos ou rede sem fio (como Wi-Fi) compartilhando dados, recursos e/ou periféricos e podem se utilizar de um computador central, conhecido como servidor (ALMEIDA FILHO e CASTRO, 2005. pp. 22-23), para processar os dados, como exemplifica a figura abaixo:

Figura 1: Exemplo de rede de computadores

Dentre as várias espécies de rede, uma merece destaque: a Internet.

1.2. Internet

Criada por Tim Barnes Lee em 1969 para o programa Arpanet (*Advanced Research Projects Agency Network*) do Departamento de Defesa dos Estados Unidos, a Internet (*inter communication network*) teve como finalidade "assegurar uma segura e sobrevivente (se necessário) rede de computadores para organizações ligadas à investigação científica na área de defesa" (MARQUES e MARTINS, 2000. p. 50). No final da década de 1980, a Internet foi aberta para uso comercial e se universalizou.

A Internet é uma vasta coleção de diferentes redes que utilizam certos protocolos comuns e fornecem determinados serviços comuns; ela não é planejada por ninguém nem é controlada por alguém (TANENBAUM, 2003, p. 45). É um território livre; é um Ciberespaço que, para Pérez Luño (2002, p. 104), "es un microcosmos digital en el que no existen fronteras, distancias ni autoridad centralizada"[10].

As principais características da Internet são: a) acesso público, porque qualquer pessoa com um computador e que contratar um acesso de um provedor poderá enviar e receber informações pela Internet; b) global, pois é uma só rede formada por múltiplos e variados servidores e rede de computadores em todos os continentes; c) aberta, já que seu ingresso é facultado a quem queira; e d) não

[10] Tradução livre: é um microcosmo digital no qual não existem fronteiras, distâncias nem autoridade centralizada.

governada, uma vez que não está sujeita a uma autoridade central estatal ou empresa particular (MIQUEL, 2002. pp. 21-22).

Novas formas de iteração social vieram com a Internet, como redes sociais e comunidades virtuais. Na rede social, as pessoas integram-se a outros usuários compartilhando conexões (MARRA e ROSA, 2013. pp. 18-19) e dados. Por meio dela, é possível criar comunidades virtuais, isto é, grupos de pessoas (ou de usuários) agregados em um ambiente virtual de uma rede de computadores em razão de um interesse comum e que trocam entre si informações e experiências.

A popularização da Internet impulsionou de forma exponencial o direito fundamental de acesso à informação.

1.2.1. Arquitetura da Internet

Manuel Castells (2000, p. 2) assinala que a "Internet se desarrolla a partir de una arquitectura informática abierta y de libre acceso desde el principio"[11]. Como a Internet foi criada para assegurar a sobrevivência de uma rede de computadores em caso de guerra nuclear, sua arquitetura, isto é, a maneira pela qual foi concebida e está construída, facilita a propagação e a multiplicação da informação e dificulta a restrição de acesso e de circulação de dados.

A Internet é composta pela iteração de diversas redes de computadores espalhadas no mundo, que não dependem de um controle centralizado. Se uma conexão é perdida, a transferência de informações continua preservada. A transmissão de dados entre dois computadores, nesse caso, pode ser feita por milhares de rotas distintas, por meio de milhões de combinações entre as conexões de redes e de computadores existentes e conectados na web.

1.2.2. Disponibilidade universal e eterna de dados

A Internet possui algumas particularidades que dificultam o exercício da privacidade como o efeito eterno da memória eletrônica; a eficiência das ferramentas

[11] Tradução livre: Internet desenvolve-se a partir de uma arquitetura de informática aberta e de livre acesso desde o princípio.

de busca, que podem encontrar os dados mais insignificantes; e o exercício da vontade em eliminar essas informações (TERWANGNE, 2012. p. 60).

O "efeito eterno" da memória eletrônica decorre da capacidade e da velocidade da informação ser armazenada, transmitida e copiada entre as diversas redes e computadores conectados à Internet. Um dado publicado na Internet, em questão de segundos, pode ser copiado ou "replicado" para diversos computadores, sites e redes, situados nos mais diferentes países. Há ferramentas eletrônicas, por exemplo, que copiam automaticamente certa mensagem postada em uma rede social para milhares de usuários simultaneamente.

A Internet possui mais de 1 bilhão de sítios e a cada dia surgem cerca de 1 milhão de novas hospedagens, por isso surgiram mecanismos de pesquisas ou de buscas da informação desejada (CHAVELI DONET, 2008. p. 92), extremamente eficientes e difundidos. Essas ferramentas, a partir da digitação de palavras-chaves, apresentam os resultados das buscas, exibindo *hyperlinks* para acesso as páginas encontradas (RUSTAD, 2009. p.23).

Um dado divulgado na Internet, não é excluído por si só ou após um decurso de prazo. É necessário, muitas vezes, o exercício da vontade para excluir determinada mensagem, texto, página, perfil, informação da rede mundial de computadores. Normalmente, o usuário que posta determinada informação na Internet é o seu "proprietário", o responsável por alterá-la ou excluí-la. Provedores de conteúdo e de hospedagem costumam excluir certo conteúdo apenas mediante solicitação do "proprietário" ou do responsável pela publicação da informação, ainda que ela se refira a outra pessoa.

2. O direito fundamental de acesso à informação

O direito fundamental de acesso à informação é anterior ao advento da Internet e da compreensão da noção sobre sociedade da informação. A Assembleia-Geral das Organizações das Nações Unidas (ONU) aprovou, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, em seu art. 19, assegura o direito que toda pessoa tem "de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras".

O art. 13, nº 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 e o art. 19 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966 consignam que o direito de liberdade de pensamento e de expressão compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza.

O art. 5º da Constituição Federal garante a livre manifestação do pensamento, vedado o anonimato, e de expressão (incisos IV e IX), o acesso à informação a todos (inciso XIV) e o direito de obtenção dos órgãos públicos de informações de interesse particular, coletivo ou geral (XXXIII). O seu artigo 37 consagra, entre os princípios da Administração, a publicidade e a moralidade e seu § 3º, inciso II, prevê que a lei disciplinará o acesso dos usuários a registros administrativos e informações sobre os atos de governo. A Lei nº 12.527/2011 regulamenta essa disposição e traz princípios, regras e restrições do acesso às informações estatais.

São direitos fundamentais afetos à liberdade de expressão a livre manifestação do pensamento, a liberdade de imprensa e o livre acesso à informação, entre outros.

2.1. Definição e importância

O direito fundamental à informação compreende o exercício de três faculdades: buscar; receber e difundir informações, opiniões ou ideias por qualquer meio. O livre acesso compreende, especialmente, a faculdade de o cidadão buscar a informação que bem desejar.

> Acesso é o “exercício da capacidade de receber (decodificar, vir a saber, descobrir, investigar, demandar, recuperar, ou colocar no domínio público) mensagens de qualquer natureza” (PASQUALI, 2005. p. 37). Informação consiste em “dados dotados de relevância e propósito” (BEAL, 2004. p. 12).

Livre acesso à informação constitui, então, no direito fundamental da pessoa em receber livremente dados dotados de relevância e de propósito por qualquer meio.

A liberdade de informação, nela incluída o seu livre acesso, é um elemento chave do direito à liberdade de expressão, necessário para a proteção de

todos os outros direitos humanos (COLIVER, 1995. pp. 1.277-1.278). O livre acesso à informação é o “oxigênio da democracia”[12].

O exercício do direito fundamental de acesso à informação incorpora o chamado “direito ao arquivo aberto” (*open file*), em que a regra é a publicidade e não o segredo (FARIAS, 1996, pp. 172-175; ARTICLE 19, op. cit., pp. 2 e 5). O silêncio sobre uma informação importante “é uma arma de poder daquele que omite o dado” (LOPES, 2007. p. 7).

2.2. Princípios

A Organização Article 19[13] monitora o acesso à informação pelo mundo e enumera nove princípios inerentes ao direito à informação, entre os quais se destacam: a máxima divulgação, a obrigação de publicação, a promoção do governo aberto, a limitação das exceções de sua aplicação e processos que facilitem o acesso. No Brasil, a Lei nº 12.527/2011 incorporou todos esses princípios no seu art. 3º, I a IV.

Do princípio da máxima divulgação decorrem todos os demais. Segundo a Article 19[14], esse princípio fixa uma presunção de que todas as informações armazenadas por órgãos públicos, ou de acesso público, como é o caso da Internet, estão sujeitas à divulgação, somente podendo ser restringidas em circunstâncias muito limitadas.

A Internet, como já asseverado, é um território livre, de ampla circulação de informações e dados. É um microcosmo na qual o princípio do livre acesso é bastante difundido; Ele está na essência da própria rede mundial de computadores.

---

[12] ARTICLE 19. *The public’s right to know: principles on freedom of information legislation*. London: Article 19, 1999, p. 1. Disponível em: <http://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/righttoknow.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2014.
[13] ARTICLE 19, op. cit., pp. 2-11.
[14] ID, p. 2.

3. O direito fundamental à privacidade

A noção acerca do direito à privacidade teve origem no artigo "*the right to privacy*" de Samuel Warren e Louis Brendeis (1890, pp. 193-220). Privacidade ou vida privada é "tudo aquilo que o indivíduo quer ocultar do conhecimento público e 'intimidade' seria tudo aquilo que ele quer deixar apenas no seu próprio âmbito pessoal, oculto também de pessoas de seu convívio mais próximo" (SIMÓN, 2000. p. 101).

O art. 12 da citada Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê que "ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na de sua família, no seu lar ou na sua correspondência". O art. 11, nº 2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o art. 17, nº 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos vedam "ingerências arbitrárias ou abusivas" na vida privada pessoal e familiar da pessoa humana.

A privacidade e a intimidade são direitos fundamentais da pessoa humana salvaguardados pelo art. 5º, inc. X, da Constituição da República e disciplinados, entre outros, no art. 21 do Código Civil e na Lei nº 12.965/2014 referente ao Marco Civil da Internet. Essa estabelece, entre seus princípios, a proteção da privacidade na Internet (art. 3º, inciso II) e traz diversas disposições que visam resguardar esse direito.

Para William Prosser (1960, p. 389) ocorre violação da privacidade quando houver: 1) intromissão alheia ao direito à reclusão ou solidão, inclusive em assuntos privados; 2) divulgação de fatos particulares embaraços da pessoa; 3) publicidade que põe a vítima sob uma "falsa luz" aos olhos do público e 4) apropriação do nome do requerente ou de sua imagem.

Duas teorias procuram identificar como se opera a privacidade: a teoria dos círculos concêntricos (ou das esferas) e a teoria do mosaico.

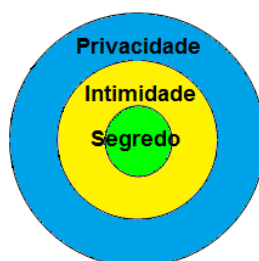
3.1. Teoria dos círculos concêntricos

Durante o Fórum Jurídico Alemão (*Deutscher Juristentages*) em 1957, Heirinch Henkel apresentou a Teoria dos Círculos Concêntricos (FROTA, 2006. p. 79) ou das Esferas (*Sphärentheorie*), baseado no grau de sujeição da pessoa às

ingerências externas (LEWICKI, 2003. p. 34). Com base nesses ensinamentos, Hidemberg Alves da Frota (2006. p. 80) afirma:

> a esfera privada (*o círculo da vida privada em sentido amplo*) encerra três círculos concêntricos (camadas dentro de camadas): o círculo da vida privada em sentido restrito (a camada superficial), que contempla o círculo da intimidade (a camada intermediária), no qual se acomoda o mais denso desses três compartimentos, o *círculo do segredo* (núcleo).

A figura abaixo retrata graficamente a teoria das esferas[15]:

Figura 2: Teoria dos círculos concêntricos, segundo Henkel

3.2. Teoria do mosaico

Com o desenvolvimento das novas tecnologias da informação, a teoria dos círculos concêntricos mostrou-se insuficiente para compreender a privacidade. Em 1984, Fulgencio Madrid Conesa (1984, pp. 44-45) assim elaborou sua Teoria do Mosaico:

> Existen datos a priori irrelevantes desde el punto de vista del derecho a la intimidad y que, sin embargo, en conexión con otros, quizá también irrelevantes, pueden servir para hacer totalmente transparente la personalidad de un ciudadano, al igual que ocurre con las pequeñas piedras que forman los mosaicos, que en sí no dicen nada, pero que unidas pueden formar conjuntos plenos de significados[16].

As figuras a seguir são úteis para ilustrar o Mosaico de Conesa:

---

[15] Há registros de que a teoria das esferas tem perdido prestígio na própria Alemanha.

[16] Tradução livre: Existem, *a priori*, dados irrelevantes do ponto de vista do direito à privacidade e que, no entanto, conectados com outros, talvez irrelevantes também, podem servir para tornar totalmente transparente a personalidade de um cidadão, como acontece com pequenas pedras que formam os mosaicos, que em si não dizem nada, mas que unidas formam conjuntos cheios de significados.

Figura 3: Dados dispersos na rede

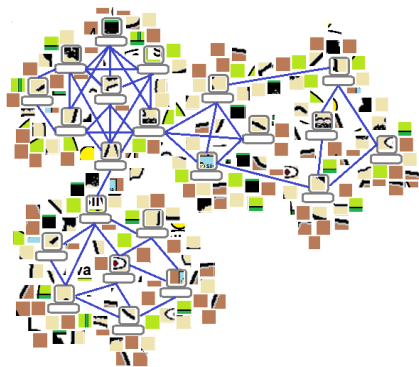
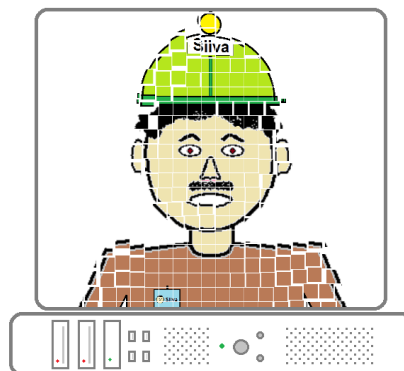



Figura 4: Dados reunidos no Mosaico

A teoria do mosaico é bastante útil para entender e explicar a invasão da privacidade pelo o uso das novas tecnologias e de suas ferramentas.

Nem sempre o mosaico construído com os diversos dados coletados corresponde exatamente à realidade. Leonardo Bessa assinala sobre a existência do “efeito *Frankenstein*”, em que dados desatualizados, imprecisos e falsos também são coletados e agrupados deformando, às vezes por completo, a realidade da pessoa (CHEHAB, 2013. p. 70).

3.3. Limitações

O direito à privacidade tem limitações de caráter interno e externo (SIMÓN, 2000. pp. 121-122).

No âmbito interno, o consentimento do titular; o interesse público, histórico, científico ou artístico; a segurança; a saúde pública e as informações sobre personalidades públicas afastam a ofensa à privacidade.

O titular do direito, caso queira, pode expor particularidades de sua vida pessoal para alguém, inclusive de modo tácito, quando a exposição é feita em lugar público ou tratar-se de pessoa pública e o fato afetar a coletividade (MENDES et al 2008. pp. 382-383). Estando presente um interesse público (e não da coletividade, como a curiosidade do público), relevante e justificável, a intromissão à privacidade é, em princípio, justificável.

No plano externo, é possível que a privacidade atrite com outros direitos fundamentais, exigindo, em certas situações, uma opção (BOBBIO, 2004. p.

14). Isso acontece quando há direitos de: a) igual conteúdo, mas de outro titular (ex. privacidade de diferentes pessoas); b) conteúdo e titular diversos (ex. privacidade de alguém *versus* livre acesso à informação por outrem); c) igual ou diferente conteúdo, mas entre titular individual e coletivo (ex. privacidade de uma pessoa *versus* acesso à informação pela sociedade) (VIEIRA, 2007. pp. 75-76).

Felizmente, nessas limitações externas, a técnica jurídica apresenta diversas soluções para a colisão entre a privacidade e outros direitos fundamentais.

4. Colisão entre direitos fundamentais

A colisão de direitos fundamentais, entre os quais privacidade e livre acesso, ocorre quando "o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular (CANOTILHO, 1993. p. 643). Na solução da colisão entre direitos fundamentais, não se pode sacrificar o núcleo essencial desses direitos, nem se pode fazer restrições casuística (MENDES et al, 2008, p. 315).

4.1. Harmonização e concordância prática

A Constituição deve ser compreendida e interpretada como uma unidade, não havendo, em tese, dispositivos antagônicos. Ao intérprete, incumbe harmonizar e realizar a concordância prática para otimizar a relação entre os bens constitucionais (MENDES et al, 2008, p. 114). Em princípio, uma proposição constitucional não deve ser sacrificada em função de uma situação; sua força normativa deve ser preservada de modo que as normas constitucionais adquiram a maior eficácia possível, competindo à dogmática constitucional preservar a vontade da Constituição (HESSE, 1991, pp. 23, 25 e 27).

4.2. Peso e importância

Diante de um caso concreto, Robert Alexy (1993, pp. 89-90 e 92-93) destaca que se deve ter em conta o peso e a importância (validade) dos princípios em que se fundam os direitos fundamentais em confronto. Estabelece-se uma

"relação de procedência condicionada", que indicam as condições pelas quais um princípio precede ao outro e qual deve ceder naquela situação:

> El concepto de relación de precedencia condicionada permite una respuesta simple. El principio P1 tiene, en un caso concreto, un peso mayor que el principio opuesto P2 cuando existen razones suficientes para que P1 preceda a P2, bajo las condiciones C dadas en el caso concreto[17].

4.3. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade é utilizado como técnica de ponderação dos bens constitucionais em conflito. Trata-se de uma cláusula genérica de proibição de excessos diretamente ligada à intenção de se atribuírem garantias à liberdade individual dos cidadãos (SCHÄFER, 2001. p. 107).

O princípio da proporcionalidade é "o justo equilíbrio entre os meios empregados e os fins a serem alcançados" (GRINOVER, 2006. p. 8) e compreende três subprincípios: a) adequação (ou conformidade), pelo qual a medida adotada deve ser apropriada para os fins que se pretende, ou seja, há uma conformidade entre a medida e o seu fim; b) necessidade (ou exigibilidade), que impõe a adoção da medida menos gravosa possível para atingir o objetivo, em outras palavras, é indagado se o fim não pode ser obtido de uma outra maneira que afete menos ao objetivo (ALEXY, 1993. p. 114); c) proporcionalidade em sentido estrito, no qual deve haver um juízo de ponderação para avaliar se o meio utilizado é proporcional em relação ao fim pretendido, isto é, pesa-se as desvantagens do meio em relação às vantagens do fim (CANOTILHO, 1993. p. 384).

4.4. Sobredireito, livre acesso e privacidade

O Supremo Tribunal Federal (STF) apreciou questão envolvendo privacidade e liberdade de imprensa que, a exemplo do livre acesso à informação, constitui em expressão do direito fundamental à liberdade de expressão. Por ocasião

---

[17] Tradução livre: O conceito de relação de precedência condicionada permite uma resposta simples. O princípio P1 tem, em um caso concreto, um peso maior que o princípio oposto P2 quando existem razões suficientes para que P1 preceda a P2, sob as condições C dadas pelo caso concreto.

do julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130/DF[18], concluiu pela precedência da liberdade de imprensa sobre os direitos de personalidades (como a privacidade):

> Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevindo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. [...] Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica [...].

Na mesma linha de entendimento, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ)[19] dispôs que, “mesmo para casos extremos [...] - em que há notícia de seguidos excessos no uso da liberdade de imprensa - a mitigação da regra que veda a censura prévia não se justifica”.

Caso se conclua que o direito ao livre acesso à informação também é um “sobredireito”, porque tem natureza similar à liberdade de imprensa, então, na esteira dos precedentes supra, haverá exclusão da proteção aos direitos da personalidade (como a privacidade). Ou seja, não se poderia, em princípio, vedar o acesso à informação de qualquer usuário da Internet como forma de proteção à privacidade de alguém.

Todavia, não se pode como regra e de forma abstrata excluir totalmente o âmbito de incidência de um direito fundamental (a privacidade) em detrimento aos de outros (liberdade de imprensa, livre acesso à informação). Tais precedentes, data vênia, colocam em xeque a própria unidade da Constituição, e a busca da otimização dos bens constitucionais para que nenhum deles seja totalmente sacrificado.

---

[18] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 130/DF. Relator Ministro Ayres Brito. Diário de Justiça de 6/11/2009.

[19] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.388.994/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Diário de Justiça eletrônico de 29/11/2013.

Em épocas passadas, como lembra Michel Foucault (2012, pp. 34-69), a punição de condenados compreendia, em alguns casos, sua exposição em praça ou arena pública, o que ensejou todo um processo de humanização. Hoje é a Internet a praça, a arena pública. Não se pode permitir o retorno do linchamento público de alguém que teve sua privacidade indevidamente exposta na rede mundial de computadores, sob o argumento de que há um sobredireito de livre acesso à informação.

O livre acesso à informação não é um direito fundamental absoluto, acima do bem e do mal, que passa por cima de tudo e de todos. Também ele deve respeitar o bem comum e os direitos fundamentais da personalidade do cidadão.

5. Principais problemas da exposição da privacidade na Internet

Além dos danos diretamente provocados pela indevida exposição da privacidade, quando há utilização da Internet para essa prática ilícita outras repercussões podem aparecer de modo a exigir uma atenção maior dos operadores do Direito.

5.1. Propagação multimídia e pluriterritorial

Na sociedade da informação, o conteúdo publicado em um meio de comunicação é rapidamente copiado, “replicado”, para outras mídias eletrônicas ou para outros endereços da web. A facilidade em copiar e em armazenar dados permite uma rápida expansão e transmissão de um conteúdo na Internet e nas suas diversas redes sociais. Rapidamente, uma foto, por exemplo, é enviada e copiada por e-mail, *whattsapp*, *Facebook*, *Instagram*, etc.

Como a Internet não possui fronteiras físicas e nela estão conectadas redes de quase todos os países, o conteúdo nela transmitido pode ser armazenado em sítios de distintas nações, sujeitas às mais diversas regras jurídicas. A propagação não respeita fronteiras.

A multiplicidade dos diversos meios de informação e de comunicação e a facilidade e a rapidez de copiar conteúdos entre eles e para diversos países

representam um desafio que pode tornar mais urgente à atuação judicial protetiva da privacidade.

5.2. Expansão em progressão geométrica

A transmissão da informação na Internet pode, em princípio, ocorrer em progressão geométrica, isto é, à razão de uma constante que multiplica a quantidade de receptores de uma mensagem (ex. 2, 4, 8, 16, 32, 64, 128, 256, 512, 1024, etc.). Por isso, seus efeitos devastadores à privacidade são potencialmente mais intensos.

As redes sociais são exemplos típicos dessa velocidade de propagação. A expansão das relações entre as pessoas ocorre indefinidamente e em progressão geométrica (DARRELL, 2011. p. 237), na medida em que cada usuário pode se conectar com vários outros e esses com mais outros e assim por diante.

Dessa forma, em face da progressão geométrica da transmissão de dados na Internet, a difusão do conteúdo ofensivo à privacidade é mais acentuada, o que torna mais urgente qualquer medida restritiva de circulação.

5.3. Eternização da exposição

Conforme exposto, a arquitetura da Internet possibilita a disponibilidade universal e eterna dos dados ali publicados. O grande problema, segundo entrevista do presidente da Google Inc. Eric Schimidt[20], é que “there´s no delete button on the Internet”[21].

A dificuldade em apagar conteúdo invasivo da privacidade na Internet pode ensejar três consequências diretas (CHEHAB, 2013. pp. 157-158): a) ubiquidade ou onipresença da agressão, na qual a vítima, em qualquer lugar que está, inclusive em seu domicílio, tem acesso à ofensa e/ou sente seus efeitos[22]; b)

---

[20] LIVE MINT. *There’s no delete button on the internet: Eric Schimidt*. Bombaim, 27 abr. 2013. Disponível em: <http://www.livemint.com/Industry/b27xImfIQppfZ5Zb8aneGN/Theres-no-delete-button-on-the-Internet-which-is-scary-Go.html>. Acesso em: 6 set. 2014.

[21] Tradução livre: não há botão de delete na internet.

[22] ALIANZA POR LA SEGURIDAD EN INTERNET. *Guía A.S.I. para prevención del ciber-bullyng*. México: ASI, 2012, p. 3.

perpetuação da ofensa, enquanto o conteúdo invasor estiver publicado na web a privacidade da vítima continuará exposta e o seu sofrimento se prolongará (SOLIVA, 2014); c) ressuscitação da agressão, em que, mesmo após a retirada ou o isolamento do conteúdo ofensivo, ocorre uma “metástase cibernética” com o surgimento de uma nova lesão, formada a partir das primeiras agressões, mas sem nexo de continuidade entre elas (uma cópia reaparece na web).

5.4. Insuficiência da reparação *a posteriori*

As características da Internet, a propagação multimídia e pluriterritorial do conteúdo ofensivo, sua expansão em progressão geométrica e a eternização da exposição indevida tornam, na prática, pouco eficazes medidas de reparação à privacidade *a posteriori*.

A indenização por danos morais e materiais, o juízo de retração e o direito de resposta não são suficientes a eliminar por completo a agressão, tampouco em reparar os efeitos arrasadores da exposição em uma rede mundial de computadores, especialmente se a difusão foi excessivamente ampla, como em uma espécie de “pandemia digital”. A compensação pecuniária ou de retratação é, na maior parte das vezes, “incapaz de devolver ao espírito a paz de estar só”, especialmente se a exposição ocasionou sérios e irreversíveis danos à personalidade, aos relacionamentos sociais e à vida pessoal (CHEHAB, 2013. p. 182).

Em se tratando de Internet, o ideal é que o direito à privacidade possa ser exercido, preferencialmente, *in natura*. Isso se faz especialmente por meio da tutela inibitória, que tem como objetivo conservar a integridade do direito em face da ameaça da prática de um ilícito que pode ser praticado, prosseguir ou repetir-se (MARINONI, 2012. pp. 33-43). Desse modo, busca-se impedir que o ato ilícito ocorra, continue a ser praticado ou que aconteça de novo.

6. Medidas Judiciais mais comuns para a proteção da privacidade na Internet

Estão à disposição dos operadores do direito várias técnicas que podem ser utilizadas para possibilitar o exercício *in natura* do direito à privacidade em face da Internet. Nenhuma delas, porém, parece ser capaz, até o momento, de trazer uma solução perfeita e definitiva para resguardar esse direito fundamental e para não atingir, de modo acidental, outros direitos fundamentais.

A eficiência dessas medidas está diretamente ligada ao meio tecnológico utilizado, a capacidade de transmissão (propagação) da informação e o tempo entre o dano e a tutela judicial protetiva.

Dentre as diversas medidas protetivas, destacam-se a restrição do uso/acesso de dados e sites, remoção do conteúdo, exclusão de resultados, bloqueio de endereços e de sites e uso de filtro de localização geográfica.

6.1. Restrição no uso de dados ou no acesso a informações ou a sites

A primeira medida disponível (e, talvez, a mais inócua) é a restrição do uso de dados ou no acesso de informações e dados na Internet. Por ela, o demandado, violador do direito à privacidade, é compelido judicialmente a não utilizar dados, não acessar sites, não copiar ou transmitir informações, não usar ferramentas da Internet (como redes sociais, mecanismos de buscas), etc.

O problema não está na ordem judicial em si, mas na impossibilidade física de assegurar o seu efetivo e rotineiro cumprimento pelo violador do direito à privacidade. É fácil determinar que uma pessoa não acesse uma foto íntima de alguém na Internet. O difícil é descobrir se a ordem está sendo cumprida, ainda que o Oficial de Justiça compareça todos os dias à residência do réu para averiguação. Esse acesso pode ser feito a qualquer hora, em qualquer lugar, por qualquer equipamento conectado a web.

Trata-se de medida judicial inerentemente destituída de eficácia prática.

6.2. Remoção do conteúdo

Outra medida judicial é a remoção do conteúdo ilícito da Internet, que pressupõe a localização da página e a identificação do autor do ilícito.

Contudo, nem sempre isso será possível ou eficaz.

Para Marcel Leonardi (2012. p. 264) podem ocorrer diversas dificuldades práticas, entre as quais:

> a) não é possível identificar o autor do ilícito; b) não é possível localizar o autor do ilícito; c) não é possível submeter o autor do ilício à jurisdição nacional; d) a gravidade do ilícito exige a concessão de tutela de urgência; e) o ato ilícito tem uma pluralidade muito grande de autores, inviabilizando tanto o ajuizamento de ações judiciais contra todos eles quanto o litisconsórcio passivo em um ou mais processos; f) o autor do ilícito oferece resistência ou se recusa a cumprir ordens judiciais, apesar da imposição dos meios coercitivos autorizados pelo sistema jurídico.

Se o material ilícito está hospedado no Brasil, é possível, nos termos do art. 19 da Lei nº 12.965/2014, determinar que o seu hospedeiro remova a informação danosa, sob pena de responsabilidade civil. Se estiver situado no estrangeiro, o comando judicial dependerá de cooperação internacional feita, como regra geral, por carta rogatória. Em ambos os casos, é possível direcionar a ordem judicial de retirada do conteúdo para qualquer pessoa que tenha a capacidade técnica (intermediários) em fazer cessar o dano.

Nem sempre, porém, a ordem judicial de retirada de conteúdo da Internet será eficaz.

Em setembro de 2006, o Tribunal de Justiça de São Paulo[23], concedeu antecipação de tutela para que sites vedassem o acesso a filme em que uma pessoa pública namorava em local público. A ordem foi cumprida e o vídeo foi retirado. Todavia, havendo milhares de cópias do vídeo, a ordem judicial se mostrou, ao final, impotente. Há pelo menos outra cópia hospedada hoje em um desses sites[24].

---

[23] BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. 4ª Turma. Agravo de Instrumento nº 472.738-4. Relator Desembargador Ênio Santarelli Zuliani. 4ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: <http://www.iob.com.br/bibliotecadigitalderevistas/bdr.dll/RDC/3825d/3a31e?f=templates&fn=altmain-nf.htm&2.0>. Acesso em: 6 set. 2014.

[24] YOUTUBE. Cicarelle na _____. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mIwSXPrg___> Acesso em: 23 jun. 2014. Foram suprimidos

6.3. Exclusão de resultados de buscas

A medida judicial mais popular atualmente é a exclusão dos resultados de buscas. Ela não elimina o conteúdo do fato a ser esquecido nem impede o acesso para quem conhece o endereço IP do site, mas apenas dificulta a localização da página pelos mecanismos de buscas, conforme o critério ou parâmetro definido pela ordem judicial.

Os mecanismos de buscas não vasculham toda a Internet quando fazem uma pesquisa. Em cada diretório raiz de um servidor (de um site), há um arquivo que contém as instruções acerca de quais os arquivos ou subdiretórios que devem ou não ser indexados para fins de pesquisa. É a partir de tais informações que as buscas trabalham e podem ser restringidas.

A ordem judicial de restrição de buscas deve ser específica, sob pena de dificultar sua operacionalização. Caso seja específica, com a indicação dos nomes, termos, expressões e/ou endereços a serem excluídos, é prudente que se evite termos muito amplos, porque podem limitar o acesso a outros sites que não têm relação com o conteúdo invasivo da privacidade. Quanto mais específicas forem as expressões utilizadas para a restrição da pesquisa, menor será a possibilidade da medida judicial prejudicar terceiros, porém muito maior será a chance dela se tornar ineficaz com a alteração ou a exclusão de algum desses parâmetros de busca. Felizmente, a maioria dos sites e blogs apenas replica (copia) textos, sem alterar uma única palavra.

Antes da edição da Lei nº 12.965/2014, a 3ª Turma do STJ[25] reformulou decisão do TJRJ e concluiu, em decisão pendente de exame de Embargos de Divergência pela 2ª Seção, que, como a filtragem da pesquisa não é atividade intrínseca, o site de pesquisa não pode ser obrigado a excluir os resultados de busca de determinado termo ou expressão.

parte do título e do endereço em respeito à privacidade e à decisão judicial. O nome da pessoa foi alterado por quem postou o vídeo provavelmente para evitar a filtragem. Ele foi postado no protocolo “https” para evitar a identificação do seu conteúdo no processo de transmissão do vídeo até o usuário.

[25] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.316.921/RJ. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Diário de Justiça eletrônico de 29/6/2012.

Em sentido oposto, a Corte Europeia de Justiça[26] garantiu a um cidadão espanhol a exclusão do resultado de buscas de um anúncio de hasta pública de imóvel por dívidas já quitadas. O Tribunal de Grande Instância de Paris proferiu decisão que restringiu pesquisas sobre nazismo na França em site de buscas, apesar dos peritos judiciais mostraram-se céticos na “l’existence d’un filtrage technique parfait”[27], conforme lembra Bertel de Groote (2003, p. 63).

De qualquer modo, a restrição dos resultados de pesquisas nos sites e mecanismos de buscas na Internet carece de plena eficácia.

Nos Estados Unidos, a Google, após atender notificação da Microsoft Corporation feita com base na seção 512 da Lei de Direitos Autorais do Milênio Digital dos Estados Unidos (*Digital Millennium Copyright Act*), excluiu de suas buscas certo site que hospeda arquivo que possibilita o funcionamento de cópia pirata do Windows 8.1[28]. Todavia, ainda aparecem cerca de 9.600.000 resultados para a pesquisa com as expressões *crack*, *Windows* e 8.1[29].

6.4. Bloqueio de endereço ou de site

Os provedores de acesso e de hospedagem podem ser rapidamente configurados para ignorar a comunicação de dados a um endereço IP específico constante de uma lista de exclusão (LEONARDI, 2012. p. 298). Também é possível o bloqueio do site por alteração da tabela DNS (envenenamento de DNS ou *pharming*)[30], em que o computador do usuário não consegue localizar o endereço IP desse sítio. Todavia, ambas as medidas tornam inacessíveis todos os serviços e conteúdos existentes naquele servidor. Não existe meio termo para bloquear apenas uma única página daquele site, mas sim todo o conteúdo.

---

[26] CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. Processo nº C-131/12. 13 maio 2014, nº 18-19. Relator M. Ilesic. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d0f130deef035543c386427ca49bc8074cba7492.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OaNqSe0?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=56939>. Acesso em 6 set. 2014.

[27] Tradução livre: existência de uma técnica de filtragem perfeita.

[28] CHILLING EFFECTS. Disponível em: <https://www.chillingeffects.org/notice.cgi?sID=1184766>. Acesso em: 6 set. 2014.

[29] GOOGLE. Disponível em: <https://www.google.com.br/#psj=1&q=crack+windows+8.1>. Acesso em: 6 set. 2014.

[30] Normalmente esse método é usado por *crackers* para direcionar o acesso a uma página falsa (*fake page*).

Um endereço IP ou um site bloqueado pela alteração da tabela DNS pode voltar a ficar acessível, caso, mantendo o mesmo nome de domínio, obtenha um novo endereço IP que seja reconhecido nas tabelas DNS, no primeiro caso, ou alterar o nome de domínio sem necessidade de alterar o endereço IP, na segunda situação. Em ambos os casos, talvez seja necessária a expedição de uma nova ordem judicial para alcançar esse outro endereço ou a nova alteração da tabela DNS.

Mesmo bloqueada no Brasil, é possível que um usuário brasileiro, por meio de uma conexão com um servidor localizado em território não alcançado pelo bloqueio, acesse o conteúdo restringido pela ordem judicial (LEONARDI, 2012. pp. 300-301). Sites, como o Google, costumam ter vários endereços de IP espalhados pelo mundo, o que pode dificultar o cumprimento da ordem judicial[31].

6.5. Uso de filtro de localização geográfica

Outra medida judicial possível, adotada em países como China, França e Alemanha, é a implantação de um filtro que bloqueia ou modifica as informações que disponibiliza, conforme a localização geográfica que identifique a origem da conexão do usuário. Nesse caso, o endereço IP do usuário (do equipamento por ele utilizado) é verificado para indicar o seu país de origem, permitindo ou proibindo o acesso ou modificando o conteúdo a ser apresentado, segundo critério do site (LEONARDI, 2012. pp. 321-323). Às vezes, esse método é conjugado com outro tipo de checagem (como a necessidade de digitar telefone, CEP, etc.).

Entretanto, o usuário, porém, pode utilizar, como artifício, o endereço IP de provedor situado no estrangeiro para driblar o filtro geográfico. Outro problema é que essa técnica, em se tratando de página hospedada no exterior, depende da boa vontade do site, de acordo de cooperação ou de cooperação judicial, uma vez que o Juiz brasileiro carece de competência para emitir ordem diretamente à pessoa situada no exterior.

[31] Cf. <http://74.125.234.50>; <http://74.125.234.52>; <http://74.125.234.242>; entre outros.

CONCLUSÃO

A sociedade da informação e a Internet contribuem para um amplo exercício do direito fundamental ao acesso à informação. A arquitetura de como a Internet foi concebida facilita a propagação e a multiplicação da informação e dificulta a restrição de acesso e de circulação de dados.

O desenvolvimento da tecnologia da informação também trouxe repercussões na privacidade fazendo nascer a Teoria do Mosaico. A Internet permite agrupar dados dispersos na rede, revelando aspectos da privacidade de alguém, ainda que distorcidos em razão de dados falsos, desatualizados ou imprecisos. Com isso, a Internet ampliou as situações de invasão indevida da privacidade.

A doutrina jurídica apresenta diversas técnicas para a solução da colisão entre direitos fundamentais. Recentemente, o STF e o STJ concluíram pela existência de um sobredireito fundamental à liberdade de imprensa que afasta a incidência de direitos individuais afetos à personalidade. Ainda que se possa cogitar que o direito de acesso à informação também tenha essa característica, não se pode genérica e abstratamente excluir a incidência de um direito fundamental pela preponderância de outro, sob pena de afrontar a unidade da Constituição.

A exposição da privacidade na Internet é multimídia e pluriterritorial, acontece em progressão geométrica, possibilita sua perpetuação no tempo e torna insuficientes as modalidades de sua reparação *a posteriori*. Muitas vezes, a atuação inibitória é o caminho ideal para impedir que o ato ilícito ocorra, continue ou volte a ser praticado.

Diversas medidas judiciais têm sido usadas pelo Direito para erradicar a exposição indevida da privacidade na Internet. Todavia, todas elas ainda apresentam resultados concretos pouco eficazes.

Há, ainda, muito para se caminhar na direção da proteção da privacidade na Internet e na sua compatibilização com o exercício do direito fundamental de acesso à informação.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALIANZA POR LA SEGURIDAD EN INTERNET. *Guía A.S.I. para prevención del ciber-bullyng*. México: ASI, 2012.

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo; **CASTRO**, Aldemario Araújo. *Manual de Informática Jurídica e Direito da Informática*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARTICLE 19. *The public's right to know: principles on freedom of information legislation*. London: Article 19, 1999. Disponível em: <http://www.article19.org/data/files/pdfs/standards/righttoknow.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2014.

BEAL, Adriana. *Gestão estratégica da informação: como transformar a informação e a tecnologia da informação em fatores de crescimento e de alto desempenho nas organizações*. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.316.921/RJ. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Diário de Justiça eletrônico de 29/6/2012.

______. Superior Tribunal de Justiça. 3ª Turma. Recurso Especial nº 1.388.994/SP. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Diário de Justiça eletrônico de 29/11/2013.

______. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n° 130/DF. Relator Ministro Ayres Brito. Diário de Justiça de 6/11/2009.

______. Tribunal de Justiça de São Paulo. 4ª Turma. Agravo de Instrumento nº 472.738-4. Relator Desembargador Ênio Santarelli Zuliani. 4ª Câmara de Direito Privado. Disponível em: <http://www.iob.com.br/bibliotecadigitalderevistas/bdr.dll/RDC/3825d/3a31e?f=templates&fn=altmain-nf.htm&2.0>. Acesso em: 6 set. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CASTELLS, Manuel. Internet y la sociedad red. *Conferencia de presentación del programa de doctorado sobre la sociedad de la información y el conocimiento*.

Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya, 7 dez. 2000. Disponível em: <https://engage.intel.com/servlet/JiveServlet/downloadBody/26111-102-1-31790/INTERNET%20Y%20LA%20SOCIEDAD%20RED.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2014.

CHAVELI DONET, Eduard. La protección de datos personales en Internet. *Azpilcueta: Cuadernos de Derecho*. Donostia, nº 20, 2008.

CHEHAB, Gustavo Carvalho. *A privacidade ameaçada de morte: desafios à proteção dos dados pessoais na relação de emprego pelo uso da informática*. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional. Brasília, IDP, 2013.

CHILLING EFFECTS. Disponível em: <https://www.chillingeffects.org/notice.cgi?sID=1184766>. Acesso em: 6 set. 2014.

COLIVER, Sandra. *The right to information necessary for reproductive health and choice under international Law*. The American University Law Review. Washington, v. 44, nº 4, 1995.

CONESA, Fulgencio Madrid. *Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho.* Valencia: Universidad de Valencia, 1984.

CORTE EUROPEIA DE JUSTIÇA. Processo nº C-131/12. 13 maio 2014. Relator M. Ilesic. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf;jsessionid=9ea7d0f130deef035543c386427ca49bc8074cba7492.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OaNqSe0?text=&docid=152065&pageIndex=0&doclang=PT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=56939>. Acesso em: 6 set. 2014.

DAINTITH, John. *A dictionary of psysics***.** 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009. Disponível em: <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/acref/9780199233991.001.0001/acref-9780199233991>. Acesso em: 29 ago. 2014.

DARRELL, Keith B. *Issues in internet law: society, technology, and the law*. 6. ed. Boca Raton-FL: Amber Book Company, 2011.

FARIAS, Edilson. *Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1996.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*. 40. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

FROTA, Hidemberg Alves da. *A proteção da vida privada, da intimidade e do segredo no Direito brasileiro e comparado*. Revista Jurídica Unijus**.** Uberaba, v. 9, nº 11, nov. 2006.

GOOGLE. Disponível em: <https://www.google.com.br/#psj=1&q=crack+windows+8.1>. Acesso em: 6 set. 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Princípio da proporcionalidade. Coisa julgada e justa indenização*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo: estudos e pareceres.* São Paulo: DJR, 2006.

GROTTE, Bertel. *L'internet et le droit international privé: un mariage boiteux? A propos des affair Yahoo! et Gutnick. Revue Ubiquité: Droit de technologies de l'information*. Bruxelas, nº 16, set./2003.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1991.

LEONARDI, Marcel. *Tutela e privacidade na Internet*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEWICKI, Bruno. *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

LIVE MINT. There's no delete button on the internet: Eric Schimidt. Bombaim, 27 abr. 2013. Disponível em: <http://www.livemint.com/Industry/b27xImfIQppfZ5Zb8aneGN/Theres-no-delete-button-on-the-Internet-which-is-scary-Go.html>. Acesso em: 6 set. 2014.

LOPES, Cristiano Alencar. Acesso à informação pública para a melhoria da qualidade dos gastos públicos – literatura, evidências empíricas e o caso brasileiro. Caderno de Finanças Públicas**.** Brasília, ESAF, nº 8, dez./2007.

MARÇULA, Marcelo; **BENINI FILHO**, Pio Armando. *Informática: conceitos e aplicações*. 3. ed. São Paulo: Érica, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARQUES, Garcia; **MARTINS**, Lourenço. *Direito da Informática*. Coimbra: Almedina, 2000.

MARRA E ROSA, Gabriel Artur; **SANTOS**, Benedito Rodrigues dos. *Facebook e as nossas identidades virtuais*. Brasília: Theasaurus, 2013.

MENDES, Gilmar F.; **COELHO**, Inocêncio M.; **BRANCO**, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIQUEL. Cristian Maturana. *Responsabilidad de los proveedores de acceso y de contenido en internet.* Revista Chilena de Derecho Informático. Santiago, v. 1, 2002.

PASQUALI, Antonio. *Um breve glossário descritivo sobre comunicação e informação.* In: MELO, J. Marque de; SATHLER, L. *Direitos à Comunicação na Sociedade da Informação*. São Bernardo do Campo: Unesp, 2005.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Internet y derechos humanos*. *Derecho y conocimiento*. Huelva: Universidad de Huelva, v. 2, 2002.

PROSSER, William L.. Privacy. *California Law Review*. v. 48, nº 3, ago./1960.

RUSTAD, Michael L.. *Internet Law in a nutshell*. St. Paul-MN: West-Thomson Reuters, 2009.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

SOLIVA, Marina P. *Ciber acoso: un tema de reflexión*. Disponível em: <www.acosomoral.org/pdf/ciberacoso.PDF>. Acesso em: 6 set. 2014.

TANENBAUM, Andrew S. *Computers networks*. 4. ed. Upper Saddle River-NJ: Prentice Hall, 2003.

TERWANGNE, Cécile de*. Privacidad en internet y al derecho a ser olvidado/derecho al olvido.* IDP – Revista D'Internet, Dret y Política. Barcelona, Universitat Oberta de Catalunya, n. 13, fev./2012.

VIEIRA, Tatiana Malta. O direito à privacidade na sociedade da informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 2007.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D.. *The Right of Privacy*. *Harvard Law Review*. Harvard: v. IV, nº 5, 15 dec. 1890.

YOUTUBE. Cicarelle na _____. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=mIwSXPrg___> Acesso em: 6 set. 2014.

CRIMES DE INFORMÁTICA: ANTIGOS PROBLEMAS PARA UM NOVO DIREITO

Rodrigo King Lon Chia[32]

RESUMO: O texto examina os principais problemas que envolvem a relação entre o sistema penal brasileiro e os crimes de informática: a tipicidade, a autoria e a competência. Analisa as mudanças da realidade do início dos anos 2000 ao presente no que diz respeito ao tratamento dispensado às peculiaridades desses delitos.

Palavras-chave: Crimes de Informática, Internet, Tipicidade, Autoria, Competência

INTRODUÇÃO

A disseminação dos computadores pessoais, iniciada na década de 1980, e o lançamento, pouco depois, da internet comercial no país, em 1995, apontavam para uma revolução social que inevitavelmente teria reflexos profundos também no Direito. Antes disso, empresas e órgãos públicos já trabalhavam com sistemas informatizados, mas ações como invasões de dispositivos e de redes, acessos a dados protegidos por sigilo e transferências não autorizadas de recursos eram quase que restritas ao contexto de enredos de filmes e livros.

Em pouco tempo, ao menos numa escala histórica, o cotidiano dos brasileiros, como já ocorria em outros países, mudou para se tornar em grande parte *virtual*. Hábitos cotidianos, como pagamento de contas, passaram a ser feitos por meio de sistemas informatizados. Dados de todos os tipos deixaram os arquivos de papel para serem armazenados em memórias portáteis, discos rígidos, servidores. O acesso à internet cresceu em ritmo acelerado, com forte adesão a serviços como *internet banking*, comunicadores e redes sociais, além da quantidade incalculável de informação amplamente disponível.

O número de usuários de internet no Brasil chegou, em 2013, a 83 milhões, segundo o IBGE, ou a 102 milhões, segundo o Ibope Media. A se considerar esta última estimativa, o contingente representaria mais de metade da população total do país, de 201 milhões. De acordo com a Fundação Getúlio Vargas (FGV), havia 118 milhões de computadores (notebooks, desktops e *tablets*) no país

[32] Mestrando em Direito Constitucional e Sociedade no Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP

em 2013, e esse número chegará a 200 milhões em 2016. A Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) contabilizava 275 milhões de linhas de celular no país em maio de 2014 – das quais 124 milhões com acesso à banda larga móvel.

A adesão aos sistemas informatizados e à internet se traduzem em mais relações comerciais nesses meios. Segundo a Federação Brasileira de Bancos (Febraban), em 2013, 47% das transações bancárias foram feitas pela internet. A Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico apontou R$ 28,8 bilhões de faturamento do comércio eletrônico no mesmo ano.

Os delitos *virtuais* crescem na mesma velocidade. A Serasa indicou R$ 1,2 bilhão em fraudes em transações financeiras na internet em 2013, com R$ 600 milhões em internet banking e R$ 500 milhões em comércio eletrônico. Os montantes, no entanto, podem ser maiores: a Febraban estimou que, no mesmo ano, 95% dos valores roubados ou furtados de bancos ocorreram em fraudes eletrônicas (por meio de internet banking ou cartões), com prejuízo de R$ 1,4 bilhão.

Os delitos patrimoniais, porém, são apenas parte da nova realidade que se apresenta com a intensificação do relacionamento humano por computadores e redes. Sites de notícias (em suas áreas de comentários), páginas pessoais e redes sociais costumam apresentar exemplos de condutas que, no mínimo, em muito se assemelham àquelas tipificadas como os crimes de calúnia (art. 138 do Código Penal), difamação (art. 139), injúria (art. 140) e ameaça (art. 147). Também crimes contra a dignidade sexual, inclusive envolvendo menores, podem ocorrer, se não *na*, ao menos *com auxílio* de dispositivos informáticos e da internet. Finalmente, há condutas lesivas que têm como alvo os próprios dispositivos, como invasões e ataques a sistemas, às vezes sem qualquer motivação de cunho patrimonial.

Nestes 20 anos, tomando-se como referencial temporal o ano de 1995, tem-se alertado para a necessidade de se adequar os conceitos e institutos do Direito Penal à realidade da informática e das relações sociais (re)estabelecidas nesse meio. Como, por exemplo, falar em estelionato quando ausente o “alguém” ao qual é referido o elemento constitutivo “erro” (“induzindo ou mantendo alguém em erro”, art. 171)?

Em interessante artigo publicado em 2001, o professor Vladimir Aras[33], ao tratar dessa “nova criminalidade”, apontava, entre outros, três grandes problemas com que o Direito Penal se deparava: a tipicidade, a autoria e a competência. O que se pergunta agora é: passados 13 anos, com o desenvolvimento da doutrina e da jurisprudência relacionadas ao tema e com a edição de uma série de diplomas legais que intentavam considerar especificamente as peculiaridades da informática, houve de fato avanço?

1. Crimes de Informática

Diversos nomes jurídicos são usados para designar os delitos em que os computadores e os sistemas de informática são ou o meio de auxílio ou o próprio objeto da conduta: crimes de informática, crimes informáticos, crimes telemáticos, crimes de computador, crimes cibernéticos, cibercrimes, crimes virtuais, crimes eletrônicos. Uma parte dessas nomenclaturas é excessivamente restritiva, mas a maioria pode ser usada de maneira adequada, sem maior prejuízo à compreensão dos elementos essenciais do tipo de crime a que se refere. Optamos, com base em critério de clareza, pela expressão *crimes de informática*.

Em termos gerais, os crimes de informática são aqueles praticados por meio de ou contra sistema de informática – o que abrange computador, rede e software.

Os crimes em que o sistema de informática é apenas um dos meios possíveis – e usado no caso concreto – para produzir um resultado que afete bens “não-computacionais” são classificados pela doutrina como crimes impuros ou impróprios. Já aqueles em que o sistema de informática é o objeto jurídico tutelado são classificados como crimes de informática puros, próprios, comuns ou ainda em sentido estrito.

A classificação binária, no entanto, implica dificuldades práticas em determinadas situações em que, embora a conduta tenha como objeto um bem não-computacional, o sistema de informática é indispensável à realização do delito. Ou

---

[33] Crimes de informática: uma nova criminalidade.

seja, diferentemente do que se verifica nos crimes impuros ou impróprios, não existiria outro meio para a consumação do delito.

De acordo com dados da Delegacia de Repressão a Crimes de Informática (DRCI) do Rio de Janeiro, referentes ao ano de 2011, dos crimes de informática investigados, a maior parte é de crimes contra a honra (40%) e de crimes contra o patrimônio (38%). Os crimes contra a honra se enquadram nos chamados crimes impuros ou impróprios, já que, no caso, a internet é utilizada como um instrumento para a consumação de um delito que poderia ser realizado por outro meio, como a distribuição de um impresso ou uma pichação.

Já os crimes contra o patrimônio configuram uma hipótese mais complexa. O delito mais comum nessa categoria é aquele em que um indivíduo transfere recursos de outra pessoa para si ou para terceiro por meio de acesso indevido por meio de internet banking ou de caixa eletrônica. A jurisprudência sedimentou entendimento de que essa conduta caracteriza “furto mediante fraude” (art. 155, § 4º, II), o que, ao menos em tese, permitiria concluir que seria possível realizar o delito por outro meio. Nesse caso específico, no entanto, os recursos disponíveis em conta não têm correspondente em numerário, assumindo uma dimensão “virtual” e, assim, tornando impossível a consumação de outra forma.

Tipicidade

A tipicidade, no conceito clássico de Muñoz Conde (1988, p. 41), é a “adequação de um fato cometido à descrição que dele se faz na lei penal. Por imperativo do princípio da legalidade, em sua vertente do *nullum crimen sine lege*, só os fatos tipificados na lei penal como delitos podem ser considerados como tal”.

A imposição ou a proibição de uma conduta, sob ameaça de sanção, depende, portanto, da existência de uma lei, conforme os princípios da legalidade e da anterioridade da lei penal consagrados no art. 5º, XXXIX da CRFB e no art. 1º do CP.

Além da existência de uma lei, prévia à realização da conduta, é preciso que a adequação do fato à descrição legal seja perfeita. Do contrário, não será possível falar em tipicidade, sendo o fato considerado formalmente atípico. A

observância desse requisito é de particular relevância nos crimes de informática, em que as condutas envolvem elementos que, por serem decorrentes de avanços tecnológicos relativamente recentes, em geral não foram considerados à época da elaboração da lei penal.

No caso dos crimes de informática impuros ou impróprios, que atingem bens “não-computacionais”, a doutrina e a jurisprudência predominantes têm entendido que, tratando-se de delitos já tipificados, apenas consumados com auxílio de um meio específico (o sistema de informática), verifica-se a tipicidade da conduta. Como exemplo, pode-se citar, mais uma vez, os crimes contra a honra. Se uma pessoa imputa a outra, falsamente, fato definido como crime, caracteriza-se o crime de calúnia, pouco importando, para fins de adequação típica, se tal imputação se deu por meio de uma carta publicada em jornal impresso ou de postagem feita em rede social.

No entanto, quando se tem um crime de informática puro ou próprio, em que o bem jurídico tutelado é o próprio sistema (computador, rede, software), nota-se com frequência uma dificuldade para adequação do fato ao tipo penal. Tome-se como exemplo a conduta de um indivíduo que, por meio de um código malicioso, inutiliza um programa de computador de outra pessoa. É possível caracterizar tal conduta como o crime de dano (art. 163), considerando, por meio de interpretação analógica, o software como “coisa alheia”? Parece-nos incabível a adequação, nesses termos, *in malam partem*, sem ferir o princípio da legalidade e a própria segurança jurídica.

Por outro lado, mesmo sem adotar uma postura punitivista, é preciso reconhecer que novas condutas, caracterizadas por novos elementos, podem ser alvo de reprovação social. A simples constatação de que os tipos penais existentes não se aplicam, sem que se ofereça outra resposta, resultaria em potencial sensação de impunidade e insegurança jurídica para a sociedade.

Registra-se no ordenamento pátrio alguns tipos penais que descrevem crimes de informática puros, como o a inserção de dados falsos em sistema de informações (art. 313-A), a modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações (art. 313-B) e a divulgação de informação sigilosa contidas nos

sistemas de informações ou banco de dados (art. 153, § 1º-A), todos referentes à Administração Pública, criados pela Lei 9.983/2000.

Mais recentemente, em 2012, foi editada a Lei 12.737/2012, que criou o tipo penal de “invasão de dispositivo informático” (art. 154-A do CP). A lei ficou conhecia como Lei Carolina Dieckmann, por ter sido aprovada pouco depois de um rumoroso caso de vazamento de fotos íntimas da atriz Carolina Dieckmann, com posterior pedido de um valor em dinheiro (R$ 10.000,00) para que as imagens não fossem divulgadas. O curioso é que a investigação inicial levantou a suspeita de que as fotos tivessem sido copiadas por serviço de manutenção contratado pela própria atriz (sem, portanto, a *invasão* do dispositivo). Só depois se apontou a invasão por um código malicioso distribuído por meio de *spam*.

Relevante notar é que a simples definição de novo tipo penal não acaba, necessariamente, com o problema da tipicidade. O art. 154-A descreve duas condutas:

> “[1] invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou [2] instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita”. Note que a primeira conduta típica traz um especial fim de agir: “obter, adulterar ou destruir dados ou informações”.

Pergunta-se: se uma pessoa invadir o computador de outra e apenas acessar as informações armazenadas, sem fazer cópia, adulterar ou apagar arquivos, tem-se a conduta típica?

Autoria

Ainda que se supere o problema da tipicidade, imposto pela exigência de interpretação restritiva na aplicação da lei penal, a persecução penal enfrentará uma dificuldade concreta em relação à identificação do autor.

Partindo tanto da definição restritiva de autor, como aquele que pratica a conduta descrita no núcleo do tipo penal, quanto da extensiva, que abrange todos os que contribuem com causa para o resultado, o desafio é o mesmo: num ambiente

em que as pessoas parecem “transitar” de modo anônimo, como identificar aquele a que se atribui uma conduta tipificada como crime?

Tomemos como exemplo, novamente, um caso hipotético de calúnia praticada por meio de rede social. Verifica-se que foi publicado um comentário em que se atribui a uma pessoa a prática de um crime. O conteúdo da postagem é preservado, inclusive pela empresa que opera a rede social, não restando qualquer dúvida quanto à materialidade. No entanto, ao se investigar o usuário responsável pela publicação, descobre-se que seu nome é falso, assim como as demais informações associadas ao seu perfil. Ao se pesquisar o endereço IP (*Internet Protocol*), constata-se que o autor se utilizou de um site redirecionador, que mascara a real identidade do computador de que partiu o acesso. Ou então se verifica que o caluniador estava numa *lan house* e que o estabelecimento não exige nenhum tipo de identificação dos clientes, nem possui circuito interno de vídeo.

Observe-se que, mesmo quando se identifica o equipamento de onde foi feito o acesso, se houver dúvida quanto à identidade do autor, a aplicação da lei penal restará prejudicada, não cabendo falar em qualquer tipo de presunção.

As técnicas de ocultação da identidade, no mundo virtual, são numerosas e se tornam cada vez mais sofisticadas. A pessoa que não deseja ser identificada pode fazer uso de contas falsas, “mascaradores” de IP, telefones celulares clonados, computadores invadidos e controlados de maneira remota.

Os recursos mais confiáveis para assegurar a identidade de um usuário de sistema digital são a assinatura digital (com certificação) e o controle biométrico de acesso (por meio de elementos corporais como a íris ou a impressão digital). Entretanto, esses recursos envolvem a instalação de equipamentos, que, além do custo por vezes elevados, podem não ser aceitos pelos usuários do serviço. Há, ainda, questões sensíveis relacionadas à invasividade dos métodos e à preservação da privacidade.

Competência

Vincenzo Manzini, citado por Rangel (2012, p. 335), define competência como o “âmbito legislativamente limitado dentro do qual o juiz que tem

jurisdição, ordinária ou especial, pode exercer essa sua jurisdição. Subjetivamente considerada é o poder dever de um juiz de exercer a jurisdição que lhe é própria, em relação a um determinado assunto penal.”

A questão principal é como determinar o juízo competente para processar um crime de informática, a fim de evitar conflitos de competência e tendo-se em consideração que, por se tratar de um pressuposto de validade do processo, o julgamento por um juiz incompetente pode levar à anulação de qualquer decisão prejudicial ao réu?

No plano internacional, tem-se ainda a questão da soberania, já que um crime de informática pode ser cometido por um autor localizado no país A, mas produzir seus efeitos no país B.

Em matéria penal, a regra de competência é prevista no art. 6º do CP (“Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo ou em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.”) e pelo art. 70 do CPP (“A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.”)

A maioria dos crimes de informática são plurilocais, com a ação ou a omissão se dando num local, e o resultado em outro (ou outros). No caso do desvio de recurso de conta corrente, compreendido pela jurisprudência como furto mediante fraude (art. 155, § 4º, II), a aplicação o art. 70 do CPP parece não trazer maior dificuldade, com a fixação da competência do local da agência bancária em que se encontra formalmente a conta. Nesse sentido, recorrentes decisões do STJ, como a seguinte:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. FURTO MEDIANTE FRAUDE. COMPETÊNCIA. PRECEDENTES.
> Esta Corte firmou orientação de que o saque efetuado em conta corrente de terceiro por meio da internet trata-se de crime de furto mediante fraude e que portanto, segundo a regra prevista no art. 70 do CPP, deve ser processado no local em que houve o desapossamento dos valores, ou seja, a sede da agência bancária.
> Recurso especial provido.
> (REsp 1163170/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 20/09/2010)

Entretanto, em outros crimes de informática, como os crimes contra a honra, as próprias características da conduta impõem dificuldade na aplicação das regras de competência. Se, por exemplo, uma pessoa pública num site pessoal conteúdo considerado calunioso, onde e quando se considerará consumada a infração, nos termos do art. 70? A publicação se dá pelo usuário ou pelo provedor do serviço? A lesão ao bem jurídico se dá com a disponibilização do conteúdo na rede ou somente quando a vítima toma conhecimento desse conteúdo?

O STJ tem entendido que a competência territorial se firma pelo local do provedor que hospeda o site em que foi publicado o conteúdo calunioso. Nesse sentido:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CRIME CONTRA A HONRA. CALÚNIA.OFENSAS PUBLICADAS EM BLOG NA INTERNET. COMPETÊNCIA DO LOCAL ONDE ESTÁ SEDIADO O SERVIDOR QUE HOSPEDA O BLOG.
> 1. O art. 6º do Código Penal dispõe que o local do crime é aquele em que se realizou qualquer dos atos que compõem o iter criminis.
> Nos delitos virtuais, tais atos podem ser praticados em vários locais.
> 2.Nesse aspecto, esta Corte Superior de Justiça já se pronunciou no sentido de que a competência territorial se firma pelo local em que se localize o provedor do site onde se hospeda o blog, no qual foi publicado o texto calunioso.
> 3. Na hipótese, tratando-se de queixa-crime que imputa prática do crime de calúnia, decorrente de divulgação de carta em blog, na internet, o foro para processamento e julgamento da ação é o do lugar do ato delituoso, ou seja, de onde partiu a publicação do texto tido por calunioso. Como o blog denominado Tribuna Livre do Juca está hospedado na empresa NetRevenda (netrevenda.com), sediada em São Paulo, é do Juízo Paulista, ora suscitante, a competência para o feito em questão.
> 4. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da Vara do Juizado Especial Criminal do Foro Central da Barra Funda - São Paulo/SP, o suscitante.
> (CC 125125/SP, Rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2012, DJe 12/12/2012)

Em relação a crimes que, praticados no exterior, produzam efeitos no Brasil, há controvérsia quanto à possibilidade e, principalmente, à conveniência de se processar o delito no país. A princípio de acordo com a teoria da ubiquidade, consagrada no art. 6º do CP, nada impediria a fixação da competência no Brasil.

Por outro fundamento legal, em razão da pessoa, a justiça brasileira também seria competente para julgar crime de informática cometido por brasileiro, a

partir de país estrangeiro, independentemente do local de produção dos efeitos (art. 7º, II, b). Em ambos os casos, porém, o que se pergunta é até que ponto seria efetiva a decisão da corte pátria.

O caminho mais prudente, como já apontava Aras em seu artigo Crimes de informática: uma nova criminalidade, publicado em 2001[34], seria a celebração de tratados que estabelecessem regras comuns de competência, harmonizando os respectivos ordenamentos internos e garantindo a efetiva aplicação da lei penal:

> De qualquer modo, como os crimes cometidos pela Internet podem atingir bens jurídicos valiosos, como a vida humana ou a segurança do sistemas financeiros ou computadores de controle de tráfego aéreo, são necessárias tratativas urgentes para definir, em todo o globo, tais questões competenciais e jurisdicionais, tendo em vista que, pelo menos quanto a um fator, há unanimidade: não pode haver impunidade para autores de crimes que atinjam bens juridicamente protegidos, principalmente quando o resultado decorrente de tais condutas mereça um maior juízo de desvalor, como ocorre com certos tipos de delitos informáticos próprios e impróprios.

CONCLUSÃO

A análise da realidade nacional contemporânea, no que diz respeito aos crimes de informática, mostra que, apesar do desenvolvimento de doutrina e jurisprudência sobre o tema e da edição de diplomas legais específicos, persistem os principais problemas já diagnosticados numa época em que a urgência da consolidação de um “direito penal da informática” ainda era uma constatação recente.

Em primeiro lugar, no tocante à tipicidade, permanecem os problemas de imprecisões terminológicas e inexistência de tipos específicos para os crimes puros ou próprios, o que resulta na dificuldade para aplicação da lei penal, diante da vedação à interpretação analógica em prejuízo do réu.

A questão da autoria, apesar de não configurar um problema estritamente jurídico, tampouco avançou. As dificuldades impostas pelo desenvolvimento de novas técnicas de ocultação de identidade, em contraste com a

[34] http://jus.com.br/artigos/2250>. Acesso em: 20 abr. 2014

não implementação de tecnologias que poderiam garantir maior integridade às informações pessoais, tornam em muitos casos a persecução penal impossível, o que resulta numa percepção de impunidade. Não houve esforço perceptível em discussões relevantes como potenciais conflitos entre a promoção de novos recursos – como a assinatura digital e a identificação biométrica – e a preservação de direitos fundamentais.

Quanto à competência, no plano interno, prosseguem divergências interpretativas decorrentes da natureza das relações sociais no mundo virtual da informática e da internet, enquanto, no plano internacional, ainda se aguardam avanços na celebração de acordos que possam harmonizar regras internas de competência, a fim de garantir a aplicação da lei penal e a coordenação de esforços no combate a delitos transnacionais.

É preciso renovar esforços para lidar com esses problemas, ainda que com atraso de muitos anos, não como reflexo de uma crença injustificada no punitivismo e no direito penal como solução para todos os conflitos sociais, mas como reconhecimento de que as relações sociais, quando transpostas para a realidade da informática, ganham características específicas, inclusive nas práticas delituosas, que precisam de um tratamento próprio.

Bibliografia

ARAS, Vladimir. *Crimes de informática: uma nova criminalidade*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/2250>. Acesso em: 20 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. www.stj.jus.br

DARREL, Keith. *Issues in Internet Law*. Amber Book Company, 2011.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

LIMA, Paulo Marco Ferreira. *Crimes de computador e segurança computacional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Teoria geral do delito*. Tradução de Juarez Tavares e Luiz Régis Prado. Porto Alegre: Fabris, 1988.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA NOS CRIMES AMBIENTAIS: UMA ANÁLISE DOGMÁTICA E JURISPRUDENCIAL

Kaio Marcellus de Oliveira Pereira[35]

RESUMO: O presente artigo apresenta e analisa o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais. Para tanto, inicia abordando a proteção constitucional do meio ambiente e suas características como direito fundamental de 3ª geração, transindividual e difuso. Discute acerca da controvertida redação do art. 225, §3º, da Constituição Federal e das ideias favoráveis e contrárias à responsabilidade criminal do ente corporativo, desde a interpretação literal, sistêmica e teleológica até o exame de sua coexistência com os princípios da culpabilidade e da individualização da pena. Examina o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal acerca da responsabilidade criminal e do sistema de dupla imputação. Conclui que a atual ordem constitucional permite a responsabilização penal da pessoa jurídica, dispensando o sistema de dupla imputação por questões de política criminal.

Palavras-chave: Responsabilidade penal. Pessoa jurídica. Crimes ambientais. Sistema da dupla imputação.

Introdução

Longe de se chegar a um consenso, a imputabilidade criminal das empresas como forma de preservação ambiental é um dos assuntos mais discutidos atualmente. Por isso, o presente artigo tem por objetivo apresentar e analisar o entendimento doutrinário e jurisprudencial acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica para a prática de crimes ambientais.

Mesmo sendo considerado um direito fundamental, será demonstrado logo no primeiro capítulo que a proteção constitucional do meio ambiente é inédita e, ao mesmo tempo, controvertida.

---

[35] Aluno especial do Mestrando em Direito Constitucional e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público

Para tanto, far-se-á uma análise da proteção do meio ambiente equilibrado como direito constitucional de 3ª geração, transindividual e de interesse difuso, que reclama maior proteção e cuidado da coletividade e do Poder Público. Nesse momento, iniciaremos a discussão acerca da controvertida prescrição do §3º, art. 225, da Constituição Federal.

O segundo capítulo, por sua vez, apresentará as correntes doutrinárias favoráveis e contrárias à responsabilização penal da pessoa jurídica para os delitos ambientais. Abordaremos também os principais pontos contestáveis à imputabilidade criminal do ente corporativo, em especial a responsabilização jurídico-criminal e sua relação com os princípios da culpabilidade e da individualização da pena, garantias fundamentais que instruem toda a dogmática penal brasileira.

Já no terceiro capítulo vamos discorrer acerca do entendimento jurisprudencial formado a respeito da responsabilidade da pessoa jurídica para os crimes ecológicos, notadamente a aplicação da teoria da dupla imputação, segundo a qual o processamento penal do ente coletivo estaria sujeito à imputabilidade criminal concomitante da pessoa física que tenha concorrido para a prática delituosa.

Ao final, chegar-se-á à conclusão de que na atual ordem constitucional as pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas penalmente pela prática de crimes ambientais, não sendo necessária a concomitante imputação penal da pessoa física que concorreu para o delito, visto que a obrigatoriedade do sistema de dupla imputação desvirtua a responsabilização jurídico-criminal prevista na Constituição Federal.

1. Da Proteção Constitucional ao Meio Ambiente Equilibrado: Direito Transindividual de Interesse Difuso

Após dezesseis anos da *Declaração do Meio Ambiente*, adotada pela Conferência das Nações Unidas em Estocolmo, em junho de 1972[36], o meio

---

[36] "No Brasil, o Direito Ambiental desenvolveu-se após a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, em 1972." DIAS, Edna Cardozo. **Manual de crimes ambientais: lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Belo Horizonte, Mandamentos, 1999. Exemplo disso, podemos citar a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (que institui a política

ambiente ecologicamente equilibrado foi alçado à categoria de direito constitucional. De acordo com o art. 225, *caput,* da Constituição Federal:

> Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Interessante observar que antes da Constituição Federal de 1988 não havia proteção específica ao meio ambiente equilibrado como direito difuso e fundamental. Segundo José Afonso da Silva (2011, p.48):

> As Constituições Brasileiras anteriores à de 1988 nada traziam especificamente sobre a proteção do meio ambiente natural. Das mais recentes, desde 1946, apenas se extraía orientação protecionista do preceito sobre a proteção da saúde e sobre a competência da União para legislar sobre água, florestas, caça e pesca, que possibilitavam a elaboração de leis protetoras como Código Florestal e os Códigos de Saúde Pública, de Água e Pesca. A Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental.

Pode-se dizer que a proteção constitucional ao meio ambiente equilibrado é um fenômeno histórico-político, fruto de uma transformação social vivenciada com a revolução industrial a partir do século XIX. Isso porque, apesar de o direito positivo ter sido moldado por conflitos de interesses individuais, com o desenvolvimento tecnológico e após a Segunda Guerra Mundial, "passou-se a detectar que os grandes temas adaptavam-se à necessidade da coletividade, não apenas num contexto individualizado, mas sim corporativo, coletivo" (FIORILLO, 2011, p.53).

Pela sua inédita acepção constitucional, entende-se que o meio ambiente é um direito subjetivo, transindividual e de interesse difuso, "não se esgotando numa só pessoa, mas se espraiando para uma coletividade indeterminada" (MACHADO, 2011. p. 133).

Sua transindividualidade nos remete à conclusão de que o meio ambiente não é bem particular nem público, mas sim bem de uso comum do povo, sendo dever do Estado e da sociedade sua defesa e preservação.

---

nacional do meio ambiente).

Nesse sentido, considerando sua titularidade coletiva, José Afonso da Silva (2011. p. 83) afirma que o objeto da tutela jurídica constitucional não é apenas a qualidade do meio ambiente, mas também a qualidade de vida como interesse mediato, a fim de proporcionar saúde, bem-estar e segurança à população.

No desiderato de evitar a prática de danos ecológicos e proporcionar uma sadia qualidade de vida, a Constituição Federal, no seu art. 225, §3º, dispôs que:

> As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

A Carta Política instituiu, portanto, três esferas de responsabilidade contra os infratores ambientais: civil, administrativa e penal; sem fazer qualquer distinção às pessoas físicas (naturais) ou jurídicas (fictícias). Nesse contexto, Sérgio Salomão Shecaria (2003, p. 195) assevera que:

> A Constituição brasileira, inescondivelmente, adotou a responsabilidade penal da empresa. Ela o fez nos artigos 173, §5º, e art. 225, §3º. É, portanto, para esses casos que se recomenda a responsabilização da empresa no plano jurídico-penal.

De acordo com referido autor, a Constituição Federal teria inovado ao adotar a responsabilidade penal da pessoa jurídica para os danos ambientais e para as ofensas dos bens jurídicos tutelados no art. 173, §5º, que assim prevê:

> § 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Seguindo esse entendimento, Paulo Affonso Leme Machado (2011, p.786-787) reconhece a adoção constitucional da responsabilidade penal da pessoa jurídica ao afirmar que:

> A responsabilidade penal da pessoa jurídica é introduzida no Brasil pela Constituição Federal de 1988, que mostra mais um dos seus traços inovadores. Lançou-se, assim, o alicerce necessário para termos uma dupla responsabilidade no âmbito penal: a responsabilidade da pessoa física e a responsabilidade da pessoa

> jurídica. Foi importante que essa modificação se fizesse por uma Constituição, que foi amplamente discutida não só pelos próprios Constituintes, como em todo o País, não só pelos juristas, como por vários especialistas e associações de outros domínios do saber.

Contudo, longe de se chegar a um entendimento uníssono, "a responsabilidade penal da pessoa jurídica continua sendo tema polêmico e candente em direito penal, particularmente na doutrina brasileira" (SHECARIA, 2003. p. 195).

Muito embora o meio ambiente tenha adquirido roupagem constitucional como direito fundamental, transindividual e de interesse difuso, sendo considerado bem de uso comum do povo, merecendo especial atenção do Poder Público e da coletividade, a responsabilidade penal das empresas pela prática de crimes ecológicos ainda é alvo de crítica na comunidade jurídica.

Conforme será tratado adiante, autores importantes entendem que a Constituição Federal não trouxe a responsabilidade penal à pessoa jurídica, por uma interpretação teleológica e sistêmica do texto constitucional.

2. Da Responsabilidade Penal Da Pessoa Jurídica Nos Crimes Ecológicos

Seguindo o cenário internacional, a Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo regime de responsabilidade jurídica para as infrações ecológicas. Nesse sentido, o art. 225, §3º, da Carta Magna prescreve que a pessoa física e a pessoa jurídica se sujeitam à responsabilidade civil, administrativa e penal quando houver condutas ou atividades consideradas lesivas ao meio ambiente.

De acordo com Sérgio Salomão Shecaria (2003, p. 139), o texto constitucional consagrou a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais por acompanhar as mudanças ocorridas na legislação internacional. A título de exemplo, referido autor cita que:

> No XV Congresso Internacional de Direito Penal, promovido pelo AIDP, realizado em setembro de 1994 no Rio de Janeiro, a adoção da responsabilidade coletiva foi objeto de recomendação expressa para crimes ecológicos. O Conselho da Europa, em duas oportunidades, por meio de seu Comitê de Ministros, sugeriu a adoção de responsabilidade penal para as corporações, quer por crimes econômicos, quer por atividades que atinjam o meio ambiente (Resolução n. 77-28, de 28 de setembro de 1977, e Recomendação n. 82-15, de 24 de setembro de 1982).

Essa orientação normativa de determinados valores pode ser atribuída à dependência político-econômica que as nações possuem dos conglomerados (União Europeia, Mercosul, Nafta, etc.) que exercem influência na comunidade internacional, como explica Shecaria (2003, p. 138).

Porém, alguns autores entendem que a Constituição Federal não adotou a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas para as infrações ecológicas pelas seguintes razões:

> a) Não se deve proceder a uma interpretação literal do texto constitucional, o que levaria à admissão da responsabilidade penal dos entes coletivos; b) cabe realizar uma interpretação sistemática, que afastaria qualquer entendimento no sentido de que foi acolhida a possibilidade de ser a pessoa jurídica autora de crimes; c) urge interpretar os incisos XLV, XLVII, XLVIII, XLIX e L do art. 5º que tratam da individualização da pena, suas espécies e formas de cumprimento, como a consagração da ideia do princípio da pessoalidade das penas [...] (SANCTIS, 1999, p. 58).

No tocante aos primeiros motivos (a e b) que levariam a irresponsabilidade penal do ente moral, Sanctis (1999, p. 60) esclarece que a imputabilidade criminal da pessoa jurídica não se justifica apenas pela interpretação literal. Pelo contrário, a própria exegese sistemática e teleológica dos dispositivos constitucionais direcionados ao ente coletivo (art. 225, §3º e art. 173, §5º) indica que a Constituição Federal não acolheu o princípio *societas deliquere non potest,* pois:

> Os argumentos da tese da irresponsabilidade penal das pessoas jurídicas não devem prevalecer. Com efeito, não só a simples leitura, mas, ainda que se proceda a uma interpretação sistemática, não se pode concluir pela adoção do preceito societas deliquere non potest. Comentando a Constituição de 1988 na questão da responsabilidade criminal dos grupamentos, Antonio Evaristo Moraes Filho revelou que, ao proceder uma pesquisa sobre a origem do Dispositivo 173, §5º, na Comissão de Sistematização, descobriu que a sua redação original previa o seguinte: “lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos integrantes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade criminal desta.

Em verdade, “o estudo da *ratio legis,* na questão em apreço, iniludivelmente leva à conclusão da admissão da responsabilidade criminal dos entes coletivos, não infirmada pelos demais dispositivos constitucionais” (SANCTIS, 1999, p. 61).

Quanto à prescrição dos incisos XLV, XLVI, XLVII, XLVIII, XLIX e L do art. 5º, da Carta Magna, que direcionam a dogmática penal ao princípio da individualização da pena e asseguram direitos individuais, não há qualquer incongruência normativa para a imputação penal da pessoa jurídica. Vejamos os dispositivos citados:

> XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;
> XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
> a) privação ou restrição da liberdade;
> b) perda de bens;
> c) multa;
> d) prestação social alternativa;
> e) suspensão ou interdição de direitos;
> XLVII - não haverá penas:
> a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;
> b) de caráter perpétuo;
> c) de trabalhos forçados;
> d) de banimento;
> e) cruéis;
> XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;
> XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;
> L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação;

Conforme assevera Sanctis (1999, p. 58), o princípio da individualização da pena não afasta a responsabilização criminal dos grupamentos "quer por se interpretar que este preceito se encontra excepcionado no mesmo texto constitucional, quer por se entender que tal princípio meramente consagrou garantias individuais."

É certo que o princípio da individualização da pena ou responsabilidade pessoal norteia o direito penal brasileiro ao garantir que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Ou seja, o *jus puniendi* jamais afetará terceiros alheios a conduta delituosa reprimida. Essa garantia individual é sustentada pelo princípio da culpabilidade, segundo o qual sem culpabilidade não existe pena.

Por isso, muitos críticos da *societas deliquere potest* consideram que "ao menos dois princípios básicos do direito penal, insertos na Constituição, seriam

atingidos se houvesse a responsabilidade penal da empresa: o princípio da culpabilidade e o da responsabilidade pessoal" (SHECARIA, 2003, p. 137).

Shecaria (2003, p. 141) defende que a responsabilidade penal do ente moral não viola os princípios da individualização da pena e da culpabilidade por se tratar de comando normativo constitucional que particulariza determinada situação. No seu entender, se há uma relação de contrariedade entre a regra geral e a particular, "a norma que se relaciona mais direta e proximamente a um assunto tem preferência sobre aquelas que só indiretamente a abordam. Nas disposições de direito, o gênero é derrogado pela espécie [...]".

Em outras palavras, levando-se em consideração que não se admite antinomias ou incompatibilidades no texto constitucional, chega-se à conclusão de que a Constituição Federal excepcionou a regra geral da imputação penal da pessoa física para responsabilizar as pessoas jurídicas pelos delitos ecológicos. Isso porque "o processo sistemático de interpretação prevê exatamente o cotejo de dispositivos, pois presume-se não haver palavras desnecessárias na lei (nem artigos, incisos ou parágrafos)" (SHECARIA, 2003, p. 142).

Mesmo porque o processo histórico-evolutivo nos permite afirmar que a proteção constitucional do meio ambiente como direito fundamental de 3ª geração, bem como as disposições que prescrevem a responsabilidade penal do ente coletivo são frutos de uma decisão política com forte participação da comunidade internacional.

Relevante observar ainda que, apesar de a Constituição Federal ter excepcionado a regra da responsabilidade penal da pessoa natural, não se pode afirmar que os princípios da individualização da pena e da culpabilidade deixaram de ter incidência nos delitos ambientais empresariais, como bem esclarece Shecaria (2003, p. 143):

> (...) ao se admitir a responsabilidade da empresa não se faz com que a pena passe da pessoa do condenado. Isso só aconteceria se houvesse o reconhecimento da responsabilidade objetiva na esfera penal, felizmente banida com a Reforma Penal de 1984. O princípio da responsabilidade individual só seria maculado quando um diretor de uma empresa fosse processado por ato praticado por outro diretor. Não tendo havido contribuição pessoal, não há responsabilização; não há crime; não há pena.

No que se refere ao princípio da culpabilidade, os autores contrários à responsabilidade penal da pessoa jurídica argumentam que somente o ser humano tem consciência e vontade em sentido psicológico para exercer uma atividade dirigida a um determinado fim. Partindo do pressuposto de que a culpabilidade consistiria num juízo-ético de reprovação pela realização do indivíduo de um injusto típico, apenas a conduta humana (culpabilidade da vontade) poderia ser objeto de censura penal (PRADO, 2011, p. 131).

Porém, na atual conjuntura socioeconômica, é fácil visualizar que as organizações empresariais alcançaram um determinado nível de complexidade a ponto de apresentarem características de autorreferenciabilidade e autodeterminação. De acordo com Díez (2013, v. 100. p. 423-424):

> O delito empresarial parte de uma premissa fundamental: determinadas organizações empresarias alcançam um tal nível de complexidade que – assim como ocorre com a psique do ser humano – começam a mostrar caracteres próprios de autorreferenciabilidade, autocondução e autoderminação. Precisamente a partir daí, se estabelece o fundamento da competência da pessoa jurídica sobre seu próprio âmbito organizacional. Isso significa que o fato de que determinadas pessoas jurídicas alcancem um determinado grau de auto-organização resulta seja legítimo do ponto de vista do Direito Penal que se responsabilize a empresa pelas consequências derivadas do exercício de sua liberdade auto-organizativa. Em poucas palavras, o primeiro nível de análise da teoria do delito empresarial é a capacidade de auto-organização da pessoa jurídica – funcionalmente equivalente à capacidade de ação da pessoa física.

Essa capacidade de auto-organização da pessoa jurídica desencadearia ações institucionais reveladoras de uma verdadeira vontade coletiva. Assim, a pessoa jurídica deixa de ser um ente fictício, passando a possuir personalidade real dotada de vontade própria com capacidade de ação e de escolha. Segundo Kist (1999, p. 106):

> (...) a pessoa moral não é um ser artificial, criado pelo Estado, mas sim um ente real, independente dos indivíduos que a compõem. Do mesmo modo que uma pessoa física, atua como o indivíduo, ainda que mediante procedimentos diferentes, pode, por conseguinte, atuar mal, delinquir e ser punida. A pessoa coletiva possui personalidade real, dotada de vontade própria, com capacidade de ação e de praticar ilícitos penais. O ente corporativo existe, é uma realidade social. É sujeito de direitos e deveres, em consequência, é capaz de dupla responsabilidade: civil e penal.

A liberdade de agir e de se determinar de acordo ou não com o Direito (vontade), pressuposto de culpabilidade, decorreria da capacidade da pessoa jurídica de autocondução e de autorreferenciabilidade. O ente corporativo, constituído pelas pessoas físicas, apresentaria, então, motivações próprias do fenômeno associativo, mas estranhas à realidade estritamente individual, conforme assevera ROTHENBURG (1997, p. 49):

> A discussão, porém, pode ser mais abrangente: sociológica e psicologicamente, sabe-se que os indivíduos comportam-se diferentemente quando estão em grupo, e o próprio Direito Criminal leva isso em consideração (a situação da "multidão criminosa" é um caso). É razoável sustentar-se que um indivíduo não teria agido de uma certa maneira enquanto particular-pessoa física, e que só agiu assim enquanto integrante do grupo-pessoa jurídica, ou seja, a motivação social (coletiva) – e não a motivação pessoal é que determinou o comportamento.

Segundo referido autor, a vontade coletiva, tida como ação institucional, seria fruto de alterações do comportamento individual decorrente do agrupamento. Para tanto, apoia-se no conceito de inibição coletiva do funcionamento intelectual de Freud, ao afirmar que:

> O fenômeno associativo produz alterações no comportamento individual em razão de influências já em nível inconsciente: há uma elevação da afetividade (despertam-se instintos) e ocorre uma redução da capacidade intelectual individual, que se manifesta no próprio grupo. (inibição coletiva do funcionamento intelectual, FREUD, ob. cit., p. 107). (1997, p. 50)

Nessa linha de raciocínio, a máxima da *societas deliquere non potest*, segundo a qual a pessoa jurídica não pode delinquir, resta ultrapassada pela interpretação sociológica e psicológica do fenômeno associativo desencadeador da autorreferenciabilidade corporativa, característica compatível com o juízo de culpabilidade penal.

Assim, pode-se afirmar que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é compatível com a atual ordem jurídica, pois, além de representar orientação normativa constitucional, traduz uma verdadeira evolução na dogmática penal.

3. A Teoria da Dupla Imputação e o entendimento jurisprudencial

Fixada a responsabilidade penal da pessoa jurídica para os delitos ambientais pela Carta Política, a lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que trata sobre as sanções penais e administrativas nas atividades lesivas ao meio ambiente, trouxe relevantes contribuições para o controle das infrações ecológicas. Logo, no seu art. 3º, prevê que:

> Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Além de prescrever expressamente a imputabilidade penal do ente coletivo, a lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, dispôs acerca da responsabilidade das pessoas físicas integrantes da entidade criminosa corporativa:

> Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

De acordo com Shecaria (2003, p. 148), a lei dos crimes ambientais estabelece um sistema de dupla imputação, segundo o qual a responsabilidade penal da pessoa jurídica depende da imputação penal da pessoa física que a integre e que tenha concorrido para a prática criminosa, no seguinte sentido:

> Sistema de dupla imputação é o nome dado ao mecanismo de imputação de responsabilidade penal às pessoas jurídicas, sem prejuízo da responsabilidade penal das pessoas físicas que contribuíram para a consecução do ato. Imputar é atribuir (a alguém) a responsabilidade de. Portanto, sistema de dupla imputação é, em termos de vernáculo, exclusivamente um sistema de dupla possibilidade de atribuição de responsabilidade. Por meio desse mecanismo, a punição de um agente (individual ou coletivo) não permite deixar de lado a persecução daquele que concorreu para a realização do crime seja ele coator ou partícipe. Nosso legislador deixou clara a intenção da persecução penal atingir todos os entes, quer individuais ou coletivos, envolvidos no delito ecológico. A doutrina específica que discute a Lei 9.605/98 e a responsabilidade penal da pessoa jurídica, mencionada no art. 225, §3º, da

> Constituição Federal, comenta muitas vezes o tema da dupla imputação.

Esse entendimento doutrinário se deve pelo fato de que, em que pese ter sida rechaçada a teoria da ficção, a teoria da realidade ou teoria orgânica de Otto Gierke não permite a responsabilidade penal isolada da pessoa jurídica.

Desenvolvida por Savigny, a teoria da ficção traduz a máxima *societas deliquere non potest*, segundo a qual a pessoa jurídica não pode delinquir por não possuir capacidade para expressar vontade própria, sendo, em verdade, uma ficção jurídica.

Por sua vez, a teoria da realidade sustenta que a pessoa jurídica é um ente real, dotada de vontade coletiva que dirige suas ações. Sua capacidade de agir é comandada pelos seus órgãos (conselhos diretivos, dirigentes, diretores, presidente etc.) assim como acontece com o ser humano, em que a cabeça dirige os membros do corpo.

Nessa linha de raciocínio, a vontade coletiva, como elemento subjetivo do ente corporativo, decorre das ações dos órgãos da empresa, concorrendo para a atividade criminosa, na medida de sua culpabilidade, o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário da pessoa jurídica.

Com base na teoria da realidade, a doutrina fixou o entendimento de que a responsabilidade penal da pessoa jurídica está condicionada ao processamento simultâneo da pessoa física envolvida, sendo necessário o atendimento dos seguintes requisitos, conforme esclarece Shecaria (2003, p. 148):

> Em primeiro lugar, a infração individual há de ser praticada no interesse da pessoa coletiva e não pode situar-se fora da esfera da atividade da empresa. Além disto, a infração executada pela pessoa física deve ser praticada por alguém que se encontre estreitamente ligado à pessoa coletiva, mas sempre com o auxílio do seu poderio, o qual é resultante da reunião das forças econômicas agrupadas em torno da empresa. Eis aí a relevância do sistema de dupla imputação que permite a persecução penal contra a pessoa jurídica e, paralelamente, contra a pessoa individual.

Seguindo fielmente esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça tem formatado a jurisprudência dos tribunais de justiça e dos tribunais regionais federais para reconhecer o sistema da dupla imputação, exigindo o processamento simultâneo da pessoa jurídica e da pessoa física que agiu em seu benefício:

> Cabe salientar que esta Corte firmou entendimento de que somente é possível a responsabilização criminal por delitos ambientais de pessoas jurídicas com a imputação concomitante da pessoa física, que seja responsável juridicamente, gerencie, atue no nome da pessoa jurídica ou em seu benefício. [...] Ante o exposto, DECLARO, de ofício, a extinção da punibilidade estatal quanto ao crime imputado ao Réu JOAQUIM CALDEIRA DE OLIVEIRA e à PROVÍNCIA CARMELITANA DE SANTO ELIAS, em face da ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, nos termos do art. 107, inciso IV,c.c. os arts. 109, inciso IV, e 115, todos do Código Penal, e JULGO PREJUDICADO o recurso especial.
> Publique-se. Intimem-se.
> Brasília (DF), 19 de outubro de 2012.
> MINISTRA LAURITA VAZ[37]

> 4. "Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que "não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio" (REsp 564.960/SC, Rel. Min. GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ 13/6/05).
> 5. Recurso parcialmente provido para restaurar a decisão de primeira instância.[38]

Dos julgados supracitados, extrai-se que, além de ter adotado a teoria da realidade para reconhecer a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a jurisprudência tem defendido o processamento concomitante da pessoa jurídica e da pessoa física que tenha concorrido para a prática delituosa, de sorte que, caso não haja a imputação da pessoa natural, o ente coletivo deixa de responder a persecução penal.

Contudo, submetida à apreciação do Supremo Tribunal Federal, a teoria da dupla imputação foi rechaçada no julgamento do paradigmático Recurso

---

[37] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.188.987 – MG, Ministra Laurita Vaz, Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Recorridos: Joaquim Caldeira de Oliveira e Província Carmelitana de Santo Elias. Publicado no DJE em 24.10.2012.

[38] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 969.160/RJ da Quinta Turma, Ministro Arnaldo Esteves Lima, Recorrente: Autobom Veículos E Peças Ltda., Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Publicado no DJE em 31.08.2009.

Extraordinário nº 548181/PR. Na oportunidade, o Ministério Público Federal pretendia a reforma do acórdão do Superior Tribunal de Justiça (Recurso em Mandado de Segurança nº 16.696) que havia determinado o trancamento de uma ação penal movida em face da Petrobrás e de seus diretores.

No caso em comento, o arquivamento da ação penal ocorreu após a concessão da ordem de *habeas corpus* nº 83.5546/PR pela Segunda Turma da Suprema Corte, a qual havia excluído os diretores da Petrobrás do polo passivo da persecução criminal.

Assim, adotando a teoria da dupla imputação, o Superior Tribunal de Justiça considerou que seria impossível a continuidade da ação penal apenas em face da Petrobrás, o que motivou à apreciação da matéria via Recurso Extraordinário no Supremo Tribunal Federal.

Desconstruindo um entendimento fixado há anos pelo Tribunal da Cidadania, a Corte Máxima rechaçou a teoria da dupla imputação, consignando que é possível o processamento criminal exclusivo contra a pessoa jurídica, sendo dispensável a responsabilização concomitante das pessoas físicas.[39]

O julgamento do Recurso Extraordinário nº 548181/PR foi publicado também no informativo nº 714 do Supremo Tribunal Federal com a seguinte ementa:

> No mérito, anotou-se que a tese do STJ, no sentido de que a persecução penal dos entes morais somente se poderia ocorrer se houvesse, concomitantemente, a descrição e imputação de uma ação humana individual, sem o que não seria admissível a responsabilização da pessoa jurídica, afrontaria o art. 225, § 3º, da CF. Sublinhou-se que, ao se condicionar a imputabilidade da pessoa jurídica à da pessoa humana, estar-se-ia quase que a subordinar a responsabilização jurídico-criminal do ente moral à efetiva condenação da pessoa física. Ressaltou-se que, ainda que se concluísse que o legislador ordinário não estabelecera por completo os critérios de imputação da pessoa jurídica por crimes ambientais, não haveria como pretender transpor o paradigma de imputação das pessoas físicas aos entes coletivos. Vencidos os Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux, que negavam provimento ao extraordinário. Afirmavam que o art. 225, § 3º, da CF não teria criado a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Para o Min. Luiz Fux, a mencionada regra constitucional, ao afirmar que os ilícitos ambientais sujeitariam "os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas", teria apenas imposto sanções

---

[39] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 548181 da Primeira Turma, Ministra Rosa Weber, Recorrente: Ministério Público Federal, Recorrido: Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras. Publicado no DJE nº159 em 15.08.2013.

> administrativas às pessoas jurídicas. Discorria, ainda, que o art. 5º, XLV, da CF teria trazido o princípio da pessoalidade da pena, o que vedaria qualquer exegese a implicar a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Por fim, reputava que a pena visaria à ressocialização, o que tornaria impossível o seu alcance em relação às pessoas jurídicas.[40]

O Supremo Tribunal Federal entendeu que condicionar o processamento penal da pessoa jurídica à imputabilidade concomitante da pessoa física subordinaria a responsabilização jurídico-criminal do ente coletivo à efetiva condenação da pessoa física, o que desvirtuaria a prescrição do art. 225, §3º, da Constituição Federal.

Para tanto, a Corte Suprema levou em consideração a dificuldade processual de colher provas contra as pessoas físicas que concorrem para a prática delitiva, pois, não raras vezes, se utilizam da complexa organização empresarial, com os seus mais variados órgãos (Presidências, Conselhos, Diretorias, Superintendências, Gerências, Chefias, Administrações, etc.) para cometer delitos ambientais, sob a certeza de impunidade.

Contudo, embora os tribunais tenham reconhecido a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, a leitura jurisprudencial acerca da teoria da dupla imputação ainda não está pacificada, visto que o posicionamento do Supremo Tribunal Federal não vincula o Superior Tribunal de Justiça, tampouco os demais órgãos do Poder Judiciário, o que torna cada vez mais controverso o processamento da ação penal voltada para os delitos ambientais.

Conclusão

Vimos no primeiro capítulo que, somente após 16 anos da Conferência das Nações Unidas de direito ambiental, o Brasil atendeu às pressões internacionais e estabeleceu em sua Carta Política o meio ambiente como direito fundamental a ser protegido por três esferas de responsabilidade: civil, administrativa e criminal.

---

[40] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 714. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo714.htm#Crimeambiental: absolvição de pessoa física e responsabilidade penal de pessoa jurídica – 2. Acesso em abril de 2014.

Porém, o equivocado texto constitucional do art. 225, §3º, trouxe diversas interpretações a respeito da responsabilidade criminal pelas infrações ambientais.

Alguns autores entendem que a Constituição Federal inaugurou a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, outros argumentam que, por uma interpretação sistemática e teleológica, seria impossível a imputabilidade criminal do ente coletivo, sob o risco de violação aos princípios da culpabilidade e da individualização da pena.

Porém, analisando as mais variadas correntes doutrinárias no segundo capítulo, não é difícil perceber que o interesse dos constituintes de 1988 foi estabelecer a responsabilização penal das pessoas jurídicas, considerando o momento histórico e político vivenciado à época.

Chega-se à conclusão de que a responsabilidade criminal do ente coletivo é um fenômeno político decorrente das mudanças sociais ocorridas no final do séc. XIX, com a revolução industrial, e após a metade do séc. XX, com a Segunda Guerra Mundial.

Com o advento da Lei nº. 9.605 de 1998, definindo as infrações e os crimes ambientais, a jurisprudência reconhece a responsabilidade criminal do ente corporativo e cria a denominada teoria da dupla imputação, segundo a qual a responsabilidade penal da pessoa jurídica está condicionada ao processamento criminal simultâneo da pessoa física que concorreu para o delito.

Contudo, no terceiro capítulo, demonstramos que o entendimento dos tribunais não é pacífico a respeito da matéria, pois, embora o Superior Tribunal de Justiça adote esse sistema, o Supremo Tribunal Federal se posiciona contrário.

No julgamento paradigmático do Recurso Extraordinário nº 548181/PR, a Corte Suprema deixou claro que não é desejável o sistema de dupla imputação por obstruir a responsabilização criminal das grandes empresas, considerando a dificuldade processual de colher provas contra as pessoas físicas que concorrem para a prática dos crimes ambientais.

Isso porque, não raras vezes as pessoas físicas se utilizam do manto da pessoa jurídica e de sua complexa organização empresarial, com os seus mais variados órgãos, para delinquir.

Nesse contexto, assentimos com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, pois nada impede que posteriormente as pessoas físicas de determinada sociedade criminosa venha responder pelos atos lesivos ao meio ambiente.

Assim, não obstante a divergência doutrinária e jurisprudencial, entendemos que o direito penal deve ser utilizado como instrumento de preservação do meio ambiente contra aqueles que mais praticam danos ecológicos (grandes empresas e conglomerados empresariais); sendo dispensável o sistema de dupla imputação, visto que sua obrigatoriedade inequivocamente desvirtua a responsabilização jurídico-criminal prevista na Constituição Federal.

Bibliografia

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* [S.l.], 1988. Disponível em: <http:// www.planalto.gov.br/ccivil _03/constituicao/ constitui%C3%A 7ao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2014.

BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998***.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. [S.l.], 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 20 abr. 2014.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 548181 da Primeira Turma.* Ministra Rosa Weber. Recorrente: Ministério Público Federal, Recorrido: Petróleo Brasileiro S/A - Petrobras. Publicado no DJE nº159 em 15.08.2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal. Informativo nº 714***.** Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo714.htm#Crimeambiental: absolvição de pessoa física e responsabilidade penal de pessoa jurídica – 2. Acesso em abril de 2014.

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.188.987 – MG, Ministra Laurita Vaz.* Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Recorridos:

Joaquim Caldeira de Oliveira e Província Carmelitana de Santo Elias. Publicado no DJE em 24.10.2012

BRASIL. *Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 969.160/RJ da Quinta Turma.* Ministro Arnaldo Esteves Lima, Recorrente: Autobom Veículos E Peças Ltda., Recorrido: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Publicado no DJE em 31.08.2009.

DIAS, Edna Cardozo. *Manual de crimes ambientais: lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998***.** Belo Horizonte, Mandamentos, 1999.

DÍEZ, Carlos Gomes Jara*. O conceito construtivista de culpabilidade empresarial para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas: Exposição e resposta às críticas formuladas*. Revista Brasileira de Ciências Criminais**,** São Paulo, ano. 21, v. 100, jan/fev 2013.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 12. ed., São Paulo, Saraiva, 2011.

KIST, Ataídes. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo. Editora de Direito. 1999.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 19. ed., São Paulo, Malheiros, 2011.

PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva*, 3.ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *A pessoa jurídica criminosa*. Curitiba, Juruá, 1997.

SANCTIS, Fausto Martin de. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo, Saraiva, 1999.

SHECARIA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo, Método, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 9. ed., São Paulo, Malheiros, 2011.

O MEIO AMBIENTE E A NECESSIDADE (OU NÃO) DE PROTEÇÃO PARA AS FUTURAS GERAÇÕES

Víctor Minervino Quintiere[41]

RESUMO: Este trabalho debate as gerações dos direitos fundamentais, em especial o direito da terceira dimensão ligado à proteção ao meio ambiente e a necessidade (ou não) de proteção para as futuras gerações. Neste passo chega-se à conclusão de que, além de tratar-se de direito fundamental explicitamente protegido em nossa Constituição Federal o meio ambiente deve sim, sob o ponto de vista filosófico, ser protegido para as próximas gerações.

Palavras Chave: Direito Constitucional. Direito Ambiental. Direitos Fundamentais. Meio ambiente. População. Consumo.

INTRODUÇÃO

No âmago do Direito Constitucional, mais especificamente no campo dos Direitos Fundamentais, ganham destaque questões envolvendo a aplicação do direito ao meio ambiente. Nesta perspectiva será abordada a necessidade (ou não) de proteção ao meio ambiente para as futuras gerações.

O presente artigo é separado em três partes: i) evolução histórica e análise das dimensões dos direitos fundamentais; ii) direito ambiental como pertencente a terceira geração de direitos fundamentais iii) a obra "Environmental Ethics" de Joseph Des Jardins.

Na primeira parte serão abordadas as dimensões dos direitos fundamentais desde a primeira geração, passando pela segunda e terceira com o objetivo de se chegar, finalmente, a considerações sobre a quarta e a quinta gerações, respectivamente.

Na segunda parte do artigo é analisado o direito ambiental como pertencente a terceira geração de direitos fundamentais levando-se em conta o

---

[41] Mestrando em Direito Constitucional e Sociedade no Instituto Brasiliense de Direito Público

conceito de meio ambiente (legislativo e doutrinário), suas características e importância dentro do sistema normativo brasileiro.

Por fim, na terceira parte do artigo é realizada a análise da obra "Environmental Ethics" de Joseph Des Jardins em que cujo objetivo foi o de analisar a necessidade (ou não) de proteção ao meio ambiente para as futuras gerações sob a perspectiva filosófica.

1. Das Dimensões (Gerações) dos Direitos Fundamentais a partir de Paulo Farias

Ab initio, para que possamos entender a relação entre meio ambiente e a proteção das futuras gerações oportuno analisar como ponto de partida a obra do professor Paulo José Leite Farias- **"Água: bem jurídico econômico ou ecológico"** no tocante aos direitos fundamentais e suas dimensões (gerações).

Antes, contudo, de aprofundar a análise sobre as dimensões propriamente ditas oportuno tecer breves considerações acerca do conceito e do histórico dos direitos humanos com o intuito de evitar confusões por parte do leitor.

Na leitura de Farias (2005.p. 157), direitos humanos seriam

> (...) os direitos da pessoa humana, enquanto indivíduo e cidadão, que são inalienáveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, com eficácia erga omnes, e que têm origem nos denominados direitos naturais, podendo identificarem-se como direitos transindividuais, coletivos e difusos. São inerentes à pessoa e devem ser respeitados e implementados pelo Estado.

Dando continuidade ao raciocínio iniciado, Farias vislumbra, em sentido amplo, que a expressão direitos humanos pode ser entendida como gênero das diversas espécies (direitos civis, liberdades fundamentais, liberdades públicas, entre outras), sem prejuízo da compreensão do tema (2005, p. 157).

Nesta perspectiva, inquestionável se torna o enfoque sobre uma característica importantíssima dos direitos fundamentais, qual seja: historicidade. Trata-se de direitos concebidos doravante processo histórico constante e paulatino. Neste sentido, Norberto Bobbio(1992, pp 5-19) ensina, *in verbis*:

> (...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias,

> caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.
> (...) o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

Esclarecido este ponto importante se torna o recorte temporal para o estudo dos direitos fundamentais. Nesta senda, no mesmo sentido apontado por Paulo Farias e outros doutrinadores como Andrade as gerações dos direitos fundamentais serão estudas a partir da Idade Moderna.

Ao contrário do que ocorreu na “Cidade Antiga”, a época contemporânea é caracterizada pelo trato dos direitos fundamentais apesar de que, por muitas vezes, tais direitos acabam sendo deslocados para um segundo plano (FARIAS, 2005. p. 158).

Analisando a teoria dos quatro *status* de Jellinek é possível inferir, encerrando breve reflexão acerca dos direitos fundamentais, que trata-se na verdade do processo histórico de afirmação da pessoa humana e de seus direitos (FARIAS, 2005. p, 157).

1. Evolução dos direitos fundamentais na idade moderna

1.1.1 Direitos fundamentais de primeira dimensão

Apesar da importância da *Virgínia Bill of Rights* (1776), da *Déclaration des Droit de l´Homme et du Citoyen*, da *Magna Charta Libertatum* (1215) e dos demais documentos de franquia concedidos na Espanha, Portugal, Hungria, Polônia e Suécia compartilhamos a opinião de Paulo Farias no sentido de que a “primeira realização concreta dos direitos humanos vem bem depois da Idade Antiga” (FARIAS, 2005. p. 162).

Neste viés, tendo como ponto (incipiente) de partida o direito comunal europeu, fundado na liberdade e na igualdade, passando pela concepção jusnaturalista, pelas doutrinas contratualistas (de Hobbes, Locke e Rousseau), pelos direitos dos ingleses (*Petition of Rights*, *Habeas Corpus Act* em 1679 e *Bill of Rights* em 1688), pela revolução americana e pela revolução francesa com a consequente

queda do absolutismo é possível vislumbrar um avanço social no sentido de serem garantidos aos cidadãos o direito à propriedade, a igualdade formal (perante a lei), a liberdade de religião, entre outros direitos onde Estado é obrigado a não intervir na vida privada das pessoas (FARIAS, 2005. p. 176).

Neste sentido, os direitos fundamentais de primeira dimensão, surgidos no final do século XVIII[42] representam, na perspectiva de Daniel Sarmento (2006, p. 12-13), "limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados".

1.1.2 Direitos fundamentais de segunda dimensão

Nota-se, diante de reflexão realizada a partir dos pressupostos teóricos e históricos dos direitos fundamentais de primeira geração que existia, principalmente na Europa, corrente liberal que, infelizmente, acabou virando sinônimo de individualismo. Tal característica serviu como mola propulsora de inúmeras e graves desigualdades sociais. Neste aspecto, Farias (2005. p. 178) destaca, *in litteris*:

> Para corrigir o individualismo exacerbado do Liberalismo Puro, que fez com que se gerassem alarmantes desigualdades sociais, estando, de um lado, minoria detentora dos meios de produção, ou seja, das propriedades agrícolas e industriais, e de outro, vasta maioria expoliada pela excessiva carga horária de trabalho, péssimas condições no exercício deste e insuficiente remuneração, surge o Estado como agente modificador das desigualdades sociais, promovendo a diminuição das diferenças sociais e a busca da igualdade material.

Consequentemente, diante deste contexto fático, Ingo Wolfgang Sarlet (2012. p. 50) se refere ao fato de que

> (...) os direitos de segunda dimensão podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem a reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau de poder econômico.

---

[42] DIÓGENES JUNIOR, Jórge Eliaci Nogueira. Gerações ou Dimensões dos Direitos Fundamentais? Disponível em:< http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em: 05 jan.2014.

1.1.3 Direitos fundamentais de terceira dimensão

Com o passar dos anos a figura do homem-indivíduo fica em segundo plano sendo ressaltada, por derradeiro, a humanidade como algo a ser priorizado (humanidade simbolizando o homem visto como um todo). Vale aqui a ressalva de que a doutrina os qualificam como direitos dos povos (FARIAS, 2005. p. 180).

Trata-se de diretos que tutelam não apenas um único indivíduo e sim um grupo ou determinado Estado. Nesta perspectiva revela-se a tutela ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à autodeterminação, à participação no patrimônio da humanidade entre outros (FARIAS, 2005. p. 180).

Na visão de Paulo Bonavides (2006, p. 569) simbolizam o seguinte:

> Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

1.1.4 Considerações sobre os direitos fundamentais de quarta geração

Em que pese a divergência quanto ao conteúdo- enquanto Noberto Bobbio (1992, p. 06) relaciona os Direitos Fundamentais de quarta dimensão àqueles relacionados à engenharia genética, Paulo Bonavides (2006, p. 571-572), por exemplo, vislumbra os direitos de quarta dimensão como sendo aqueles relacionados à democracia, à informação e ao pluralismo-, boa parte da Doutrina entende plausível a existência dos direitos de quarta geração, principalmente, em detrimento do fenômeno da globalização.

1.1.5 Considerações sobre os direitos fundamentais de quinta geração

Encerrando a breve exposição das dimensões dos direitos fundamentais doutrinadores como José Adércio Sampaio (2002, p. 302) e Paulo Bonavides defendem a existência da denominada quinta dimensão de direitos fundamentais ressaltando este último o direito à paz como o principal foco em face dos acontecimentos que vem perturbando o mundo (ex: atentado ocorrido em 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos[43]).

Acrescentando ao rol apontado acima de direitos fundamentais, Farias menciona o direito a sistemas informatizados como sendo pertencente à quinta geração[44].

2. O Meio Ambiente como Direito Fundamental de Terceira Dimensão

O meio ambiente como bem jurídico tem merecido grande destaque, principalmente a partir do século XX. Trata-se de interesse que, à revelia dos demais bens jurídicos existentes em nosso ordenamento, possui o elemento difuso mais amplo uma vez que pertence a todos e a ninguém em particular (ROCHA, 2011).

Está conceituado no artigo 3º, inciso I, da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA) como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

---

[43] HONESKO, Raquel Schlommer. Discussão Histórico-Jurídica sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração. In Direitos Fundamentais e Cidadania. FACHIN, Zulmar (coordenador). São Paulo : Método, 2008, p. 195-197. Sobre a obra oportuno destacar o seguinte trecho, senão vejamos: “...em recentes debates científicos (IX Congresso Íbero-Americano e VII Simpósio Nacional de Direito Constitucional, realizados em Curitiba/PR, em novembro de 2006, bem como II Congresso Latino-Americano de Estudos Constitucionais, realizado em Fortaleza/CE, em abril de 2008), BONAVIDES fez expressa menção à possibilidade concreta de se falar, atualmente, em uma *quinta* geração de direitos fundamentais, onde, em face dos últimos acontecimentos (como, por exemplo, o atentado terrorista de “11 de Setembro”, em solo norte-americano), exsurgiria legítimo falar de um *direito à paz*. Embora em sua doutrina esse direito tenha sido alojado na esfera dos direitos de terceira dimensão, o ilustre jurista, frente ao insistente rumor de guerra que assola a humanidade, decidiu dar lugar de destaque à *paz* no âmbito da proteção dos direitos fundamentais.”

[44] Paulo Farias ensina no Mestrado em Direito Constitucional e Sociedade ministrado no Instituto de Direito Público na disciplina Constituição e a proteção dos novos direitos: direitos difusos, bioética e direitos dos sistemas informatizados.

Sobre o conceito de meio ambiente oportuno destacar as lições de Hugo Mazzili (2005 p.142/143), senão vejamos:

> O conceito legal e doutrinário é tão amplo que nos autoriza a considerar de forma praticamente ilimitada a possibilidade de defesa da flora, da fauna, das águas, do solo, do subsolo, do ar, ou seja, de todas as formas de vida e de todos os recursos naturais, como base na conjugação do art. 225 da Constituição com as Leis ns. 6.938/81 e 7.347/85. Estão assim alcançadas todas as formas de vida, não só aquelas da biota (conjunto de todos os seres vivos de uma região) como da biodiversidade (conjunto de todas as espécies de seres vivos existentes na biosfera, ou seja, todas as formas de vida em geral do planeta), e até mesmo está protegido o meio que as abriga ou lhes permite a subsistência.

Explicado o conceito de meio ambiente oportuno relembrar, conforme dito alhures, seu enquadramento como direito fundamental de terceira geração[45], ou seja, direito fundamental destinado a tutelar interesses não de apenas um indivíduo mas de um grupo de indivíduos, da coletividade (FARIAS, 2005. p. 180).

Além da sua importância propriamente dita como direito fundamental importante salientar o equilíbrio que deve existir entre a proteção ao meio ambiente e as atividades econômicas realizadas pelos seres humanos nos dias de hoje sendo, portanto, objeto do próximo item sua proteção para as futuras gerações:

> É preciso que se perceba que, embora dotado de forte conteúdo econômico, não se pode entender a natureza econômica do Direito Ambiental como um tipo de relação jurídica que privilegie a atividade produtiva em detrimento de um padrão de vida mínimo que deve ser assegurado aos seres humanos. A natureza econômica do Direito Ambiental deve ser percebida como o simples fato de que a preservação e sustentabilidade da utilização racional dos recursos ambientais deve ser encarada de forma a assegurar um padrão constante de elevação da qualidade de vida dos seres humanos que, sem dúvida alguma, necessitam da utilização dos diversos recursos ambientais para a garantia da própria vida humana" (ROCHA, 2011).

---

[45] Neste ponto, importantíssimo para o deslinde do caráter difuso do meio ambiente se faz transcrever lições do professor Abelha neste aspecto, senão vejamos: O interesse difuso é assim entendido porque, objetivamente estrutura-se como interesse pertencente a todos e a cada um dos componentes da pluralidade indeterminada de que se trate. Não é um simples interesse individual, reconhecedor de uma esfera pessoal e própria, exclusiva de domínio. O interesse difuso é o interesse de todos e de cada um ou, por outras palavras, é o interesse que cada indivíduo possui pelo fato de pertencer à pluralidade de sujeitos a que se refere à norma em questão." ABELHA, Marcelo. Ação Civil Pública e Meio Ambiente. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.43.

3. Análise da Obra “Environmental Ethics”, Capítulo IV, de Joseph Des Jardins

Inicialmente, Joseph Des Jardins, no capítulo IV da obra “Environmental Ethics” (2001. p. 67) aborda a discussão entre População e Consumo. Conforme se depreende da obra seu objetivo no capítulo é o de enfrentar a problemática de como questões envolvendo “população” e “consumo” podem originar constatações éticas quanto nossa responsabilidade em relação às gerações futuras[46].

Para atingir seu objetivo o autor, após tecer comentários sobre o crescimento global estimado por especialistas desde o ano de 1804 (quando, de acordo com sua análise, o mundo passou a ter 1 bilhão de pessoas) divide o capítulo em tópicos, ou seja, reflexões acerca do tema.

Neste passo, oportuno destacar a divisão feita pelo autor, qual seja: i) população, consumo e ética (population, consumption and ethics); ii) Será que somos responsáveis pelas gerações futuras (do we have responsibilities to future generations?) iii) Responsabilidade com o futuro: felicidade utilitarista (responsibilities to the future: utilitarian happines); iv) responsabilidade com o futuro: os direitos das pessoas do futuro (responsibilities to the future: the rights of future people) e; v) responsabilidade com o futuro: cuidar para o futuro (responsibilities to the future: caring for the future);

3.1 População, consumo e ética

No tópico acima Joseph começa seu raciocínio mencionando que a partir do final da década de sessenta, o crescimento da população tornou-se um dos principais focos de preocupação ambiental. O best-seller “A bomba populacional”, escrito em 1968 por Paul Erhlich, argumentou que o crescimento da população

[46] Sobre a obra, oportuno destacar trecho em que o autor fala sobre o objetivo principal do capítulo IV juntamente com a crítica feita à filósofos que passaram a se debruçar sobre o tema apenas no século XX, senão vejamos: “Chapter 4 looks at how population and consumption issues raise ethical questions abou tour responsibilities to future generations. This is a question that did not receive much attention among philosophers until the late twentieth century and required the extension of standard ethical theory in new directions”. JARDINS, Joseph Des. Environmental Ethics. Thomson, 2001, p. 68.

“explosivo” foi um dos responsáveis pela destruição ambiental generalizada (JARDINS, 2001. p. 69).

Já outros autores como Barry Commoner ao escrever a obra “The Closing Circle” alegam que na verdade o maior motivo para a destruição ambiental teria sido o estilo de vida impulsionado pelo consumo[47] e não o mero crescimento populacional (JARDINS, 2001. p. 70).

Nesta perspectiva é possível vislumbrar que os debates acerca do tema “população” e “consumo” eram realizados a partir de uma perspectiva econômica objetivando o que autor intitula de justiça social em relação às classes menos favorecidas (JARDINS, 2001. p. 70).

Com o passar do tempo houve uma evolução quanto ao aspecto posto sob debate. A problemática envolvendo consumo e população passou a analisar suas implicações não apenas nas classes menos favorecidas mas também em relação às futuras gerações (JARDINS, 2001. p. 71).

Tal mudança de paradigma faz com que apareça uma série de dúvidas: a população atual possuiria um objetivo ético específico? Os seres humanos possuem a obrigação de procriar? Podemos, eticamente falando, controlar o número de filhos que as famílias poderão ter? A geração do presente é responsável por preservar pesquisas para as pessoas que estão por vir? (JARDINS, 2001. p. 71).

Finalizando o tópico é possível, pela análise do texto, obter algumas conclusões preliminares, senão vejamos: i) pensar sobre as responsabilidades que podem surgir em relação aos futuros seres humanos pode resultar em algo confuso. ii) Ademais, qualquer discussão sobre a felicidade futura ou os direitos das pessoas do futuro obriga-nos a considerar como essas "pessoas do futuro" serão (JARDINS, 2001. p. 72).

No entanto, uma vez que essas pessoas não existem e porque não sabemos se de fato existirão, é difícil entender como podemos falar sobre responsabilidades com elas. Assim, na visão do autor, um desafio filosófico inicial diz respeito a plausibilidade do próprio conceito de ter responsabilidades para com as pessoas que não fazem parte do presente (JARDINS, 2001. p. 72).

---

[47] Tradução literal da expressão utilizada pelo autor de “consumption-driven lifestyle”.

3.2 Será que somos responsáveis pelas gerações futuras?

Inicialmente o autor aborda o fato de que, apesar da responsabilidade da presente geração perante às futuras ser algo intuitivamente lógico, existem três grandes argumentos contrários a essa constatação, a saber: i) “argument from ignorance” (argumento vindo da ignorância, ou da falta de conhecimento); ii) “disappearing beneficiaries” (beneficiários desaparecidos) e; iii) “argument from temporal location” (argumento de localização temporal).

O primeiro argumento diz respeito ao fato de que por sabermos pouco sobre as pessoas que virão (quem serão, o que serão, quais serão suas necessidades, desejos ou interesses) não faria sentido especificar qualquer tipo de obrigação em relação a elas (JARDINS, 2001. p. 72).

Rebatendo essa argumentação o autor afirma que devido ao atual estágio de evolução da sociedade temos, no mínimo, uma noção das necessidades e desejos da futuras gerações como, por exemplo, água tratada, ar sem poluentes, fauna e flora preservadas, entre outros. Neste sentido, a argumentação posta acima não é razoável para eximir a presente geração de sua responsabilidade para com as futuras (JARDINS, 2001. p. 72).

Já em relação ao argumento do “disappearing beneficiaries” o autor descreve que, nesta concepção, as gerações do presente não teriam a obrigação de se perpetuar não gerando, inclusive, qualquer obrigação de cunho ético (JARDINS, 2001. p. 72).

Em relação a essa argumentação o autor expõe o pensamento de duas filósofas: Annete Baier argumenta que podemos dar sentido a afirmação de que alguém está em situação pior graças a nossas ações, mesmo que, sob um ponto de vista alternativo, essa pessoa não tivesse existido. Tal conclusão é possível, de acordo com ela, graças ao caráter dos chamados “direitos morais” (JARDINS, 2001. p. 73).

Dando continuidade ao raciocínio, a filósofa Mary Anne Warren desenvolveu uma resposta diferente partindo dos conceitos de “pessoas possíveis” (pessoas que podem mas que não necessariamente devam existir) e de “pessoas futuras” (pessoas que de fato existirão no futuro) para provar que não se deve, como

erroneamente é feito pelos adeptos do argumento do "disappearing beneficiaries" partir da premissa de que é possível apenas falarmos de pessoas possíveis quando, na verdade, há uma plausibilidade mínima referente à perpetuação da espécie humana no decorrer dos anos (JARDINS, 2001. p. 75).

Por fim, o argumento da localização temporal se refere ao fato de que não podemos nos responsabilizar hoje por pessoas que não existirão por muito tempo. O autor traz para reflexão, a título de exemplo, a responsabilização pela produção de lixo nuclear oriunda dos estudos de Richard Sylvan e Val Plumwood (JARDINS, 2001. p. 75).

Os autores, para fazer uma analogia com o caso dos resíduos nucleares, usam o seguinte exemplo: imagine um trem contendo muitos passageiros e que, a cada parada, um passageiro deixe um pacote com substâncias tóxicas que, se abertas, podem envenenar os demais passageiros que continuam a viagem. Caso um desses pacotes seja aberto, por mais que os passageiros do trem não conheçam a pessoa que o deixou certamente sentirão ódio pelo que enfrentarão (JARDINS, 2001. p. 76).

Neste sentido, diante de tais ponderações Joseph chega à conclusão de que as gerações futuras merecem, sob uma perspectiva ética, consideração por parte das presentes gerações não devendo subsistir os argumentos acima expostos (JARDINS, 2001. p. 76).

3.3 Responsabilidade com o futuro: felicidade utilitarista

No presente tópico, Jardins (2001. p. 76), partindo da premissa de que seja possível se falar em responsabilidade em relação às futuras gerações, indaga: como decidimos a abrangência dessa responsabilidade? Qual seria sua base filosófica?

Para responder a esta pergunta o autor aponta como solução, incialmente, a aplicação do utilitarismo no sentido de que as gerações atuais devem buscar a redução do sofrimento e a ampliação da felicidade das gerações futuras. Entretanto, a título de crítica, a ideologia utilitária deve ser vista com ressalvas haja vista a complexidade que permeia a sociedade humana (JARDINS, 2001. p. 76).

Neste viés, o autor apoiando-se nas ponderações de Mary Willians conclui que devemos defender uma política ambiental de rendimento máximo, porém, sustentável. Ou seja, devemos procurar maximizar o retorno sobre os investimentos sem, contudo, comprometer os próprios investimentos (JARDINS, 2001. p. 79).

3.4 Responsabilidade com o futuro: os direitos das pessoas do futuro

Neste item o autor, objetivando oferecer uma resposta crítica mais direta para o constante desafio da justiça distributiva e da prática de se descontar valores futuros desenvolve a partir de uma abordagem deontológica a análise de quais (não) seriam os direitos das pessoas no futuro (JARDINS, 2001. p. 82).

Sobre essa discussão, a qual é suscitada em toda a extensão do presente item o autor chega a três conclusões possíveis: i) nós somos obrigados a não poupar esforços na busca por fontes de energia alternativas; ii) devemos guardar as pesquisas já realizadas (tanto sobre energias renováveis como sobre as denominadas fontes de energia fóssil) e; iii) devemos controlar o crescimento populacional (JARDINS, 2001. p. 82).

3.5 Responsabilidade com o futuro: cuidar para o futuro

Ao tratar sobre a linha de reflexão em epígrafe o autor inicia seu raciocínio realizando uma série de indagações, como por exemplo: as gerações futuras têm o direito a linhas costeiras, áreas de deserto, pântanos e montanhas? Será que temos o dever de preservar espécies animais e vegetais para as gerações futuras? Devemos agir desta maneira (preservando recursos animais, vegetais e minerais) por caridade ou baseado no dever de agir?

Nesta senda, após refletir sobre essas e outras perguntas que surgem ao longo do item Joseph Des Jardins conclui que devemos nos preocupar com as pessoas no futuro. Na medida em que podemos nos imaginar em sua posição, podemos reconhecer que uma vida assim seria perder muito se não fosse para conhecer o deserto ou a complexidade rica da diversidade biológica. Ora, a nossa

preocupação nos dias atuais define os tipos de vida que as futuras gerações possuirão. Nesta perspectiva, esse cuidado pode e deve nos motivar a agir.

CONCLUSÃO

Realizada a análise da evolução histórica e das dimensões dos direitos fundamentais, do direito ambiental como pertencente a terceira geração de direitos fundamentais e da obra "Environmental Ethics" de Joseph Des Jardins foi possível obter algumas conclusões.

A respeito das teorias sobre os direitos fundamentais foi possível vislumbrar sua classificação em dimensões que, para fins didáticos, acaba refletindo de maneira inenarrável, além de outras características, em seu caráter histórico.

Sobre tais teorias foi abordado mais à frente o direito de terceira geração objeto de análise do presente artigo, qual seja: meio ambiente. Neste ponto foi possível entender a relevância deste direito tanto sob o aspecto normativo (uma vez que está disposto na Constituição Federal de 1988) como doutrinário (haja vista o destaque dado pela doutrina).

In fine, na perspectiva da obra "Environmental Ethics" de Joseph Des Jardins foi possível vislumbrar que apesar de existirem opiniões respeitáveis no sentido de que não haveria que se falar em proteção do meio ambiente para as gerações futuras chegou-se à conclusão de que o Estado tem o dever de protege-lo não apenas em face da normatividade que o acompanha mais, e sobretudo, por conta do aspecto moral e filosófico intrínseco a discussão ali posta.

Bibliografia

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

DIÓGENES JUNIOR, Jórge Eliaci Nogueira. *Gerações ou Dimensões dos Direitos Fundamentais?* Disponível em:< http://www.ambito-

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750>. Acesso em: 05 jan.2014.

FARIAS, Paulo**. Água: bem jurídico econômico ou ecológico?** Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2005.

HONESKO, Raquel Schlommer. *Discussão Histórico-Jurídica sobre as Gerações de Direitos Fundamentais: a Paz como Direito Fundamental de Quinta Geração*. In Direitos Fundamentais e Cidadania. FACHIN, Zulmar (coordenador). São Paulo: Método, 2008.

JARDINS, Joseph Des. Environmental Ethics. Thomson, 2001.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROCHA, Tiago do Amaral; QUEIROZ, Mariana Oliveira Barreiros de. *O meio ambiente como um direito fundamental da pessoa humana*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n.95, dez 2011.Disponívelem:<http://ambitojuridico.com.br/site/?artigo_id=10795&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em mar 2014.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11. ed.rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do advogado editora. 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

CLONAGEM: UMA ACEPÇÃO VALORATIVA DO SER

Edilaine Cristina Ferreira Gomes Bonato[48]

RESUMO: O presente trabalho visa apresentar, à luz da Lei 11.105/05 e dos ensinamentos do douto Paulo Farias, a impossibilidade de se clonar humanos. Mas antes dessa abordagem, procurou-se estabelecer concepções sobre os valores morais, éticos, jurídicos e religiosos à luz de Bochenski e Singer e, ainda, uma sucinta explanação sobre os Criacionismos Científico e Bíblico confrontados com o Evolucionismo. Um tema controverso que envolve as áreas do direito, da ética e da biologia. Atendendo ao chamado direito de quarta dimensão/geração, a bioética está entrelaçada ao direito – por isso a denominação "biodireito" - de tal forma que abordar as "celeumas" que envolvem estes dois ramos científicos não é uma tarefa das mais fáceis, principalmente quando se tenta explaná-los sob uma óptica filosófica, tentando fugir das discussões "apaixonadas" que cercam tais temas. Assim, buscou-se abordar os conceitos e as diferenças entre Criacionismo e Evolucionismo, o conceito de clone e suas tipologias, a dogmática dos valores sob a óptica jurídica da dignidade da pessoa humana – fazendo uma ressalva num singelo item sobre um ensaio crítico ao pensamento conservador da Mestra Cláudia Regina Magalhães, a qual assevera que até mesmo a clonagem terapêutica é "inaceitável do ponto de vista ético e jurídico" -, e, por fim, a vedação da clonagem humana prevista na nova Lei da Biossegurança.

Palavras-chave: Valores. Criacionismo. Evolucionismo. Clone. Tipologia. Biodireito. Lei 11.105/05.

INTRODUÇÃO

Ao abrir um "leque" de discussões que envolvem a criação do ser humano e a (im)possibilidade de se perpetuá-lo com a prática da clonagem – segundo a determinação legal e a visão doutrinária de Paulo José Leite Farias, apresentada na obra Biodireito e Bioética: uma introdução crítica (2005), esta pesquisadora pretende suscitar concepções de valores abordadas por basicamente dois filósofos renomados: Bochenski e Singer. Aquele, numa visão clássica sobre valores e suas classificações. Este numa visão utilitarismo-pragmática, abordando temas polêmicos sobre ética.

Naturalmente recorrer-se-á a interpretações e definições de cunho legislativo, eis que trata de vedação legal, exceto a de cunho terapêutico. Além de

[48] Advogada, aluna especial do curso de Mestrado em Direito Constitucional e Sociedade no Instituto Brasiliense de Direito Público

ser um tema novo para o ordenamento jurídico pátrio, que não raro apresenta pontos divergentes no que tange à dignidade da pessoa humana, a prática da clonagem é um assunto que requer do pesquisador uma certa audácia e, quiçá, pretensão. Isso porque para alguns, a origem do homem ainda é incerta, mas para os seguidores do Criacionismo Bíblico isso já está sedimentado: Eva é fruto de um clone geneticamente modificado por Deus, por isso o tema já não os impressiona mais.

Vale antecipar que o objetivo central será trazer uma resenha acerca da impossibilidade de se praticar a clonagem humana, insculpido no Biodireito e na Bioética, em contraponto aos valores morais que regem a vida e o direito de se preservá-la. Não obstante a controvérsia que o assunto ocasiona, a sua discussão faz-se imperiosa no contexto sócio- filosófico, jurídico e religioso, razão pela qual a sua abordagem não se emancipa das influências religiosas.

Para tanto, este artigo será composto por 3 capítulos, assim estruturados: no primeiro, abordar-se-á sobre a perspectiva de valores morais, trazendo na bagagem as concepções de valor, suas tipologias, contextualizado pelos renomados filósofos Bochenski e Singer, abrangendo suas teorias vistas sob os ângulos do Idealismo e Utilitarismo. No segundo capítulo, far-se-á alusão ao Criacionismo e ao Evolucionismo, tudo sob a óptica religiosa e científica, abordada pelo físico e teólogo brasileiro Lourenço.[49] Após, e por fim, no terceiro capítulo será abordado o tema central de seu trabalho, conceituando e tipificando o clone, trazendo a vedação expressa na lei da biossegurança.

O tipo de pesquisa apresentado será o bibliográfico. Neste sentido, o método para o desenvolvimento do trabalho será o indutivo, uma vez que considera que o conhecimento é fundamental na experiência, não levando em conta princípios preestabelecidos. No raciocínio indutivo, a generalização deriva de observações de casos da realidade concreta. As constatações particulares levam à elaboração de generalizações.

[49] Adauto Lourenço. Formado em Física pela Bob Jones University (1990), Carolina do Sul, EUA. Mestre em Física pela Clemson University, nos EUA, matemático e teólogo.

1. Noção de Valor

1.1. Conceito

Ao se analisar ou definir o que seja valor, ou mesmo para que se tenha embasamento para criticar ou defender algum tipo dele, faz-se necessário tecer sua concepção e suas peculiaridades, bem como tudo aquilo que engloba a noção de valor nos aspectos filosóficos.

A palavra valor, etimologicamente provém do latim *valere*, ou seja, o que tem valor, "custo". As palavras: desvalorização, inválido, valente ou válido têm a mesma raiz semântica (COTRIM, 1993). O conceito de valor frequentemente está vinculado à noção de preferência ou de seleção. Os Professores Doutores do Departamento de Medicina Legal, Ética Médica e Medicina Social, Cláudio Cohen e Marco Segre (1994), nos ensinam que "não se deve considerar que alguma coisa tem valor apenas porque foi escolhida ou é preferível, podendo ela ter sido escolhida ou preferida por algum motivo específico que não seja o seu valor". Todavia, é bem certo que os termos moral e ética não são sinônimos, como é certo dizer que o âmbito dos valores não se confunde com o estudo da ética, mas entrelaçam-se às concepções da moral. Por moral pode-se entender "um conjunto de normas que regulam a vida humana." Já por ética entende-se, em singelas palavras, "ser o caráter do homem em si que o torna diferente e o qualifica entre os demais" (LEITE, 2009).

No presente trabalho, abordar-se-á, apenas, as concepções valorativas, afastando-se, um pouco, do estudo profundo da ética, apesar de citar, ainda que superficialmente, algumas posições do filósofo australiano Peter Singer sobre "Ética Prática."

Numa concepção filosófica, o valor pode agregar-se ao plano idealista. Assim, explica Bochenski que o valor é um ente ideal, colocando-o no campo espiritual, da mesma forma como "as leis matemáticas" (1977, p. 76).

Bochenski defende a ideia de que o terreno dos valores é extremamente complexo e de difícil elucidação, complicando-se ainda mais ao tentar compreendê-los na sua essência, pois se tratam de costumes internalizados como formas corretas de conduta por determinada sociedade, variando no espaço e no

tempo. Para tentar explicar essa complexidade, o filósofo procurou distinguir as espécies de valores, tecendo, antes disso, três aspectos de valores, acautelando-nos a não confundi-los, tendo-se, portanto, coisa – como algo de real e concreto que tem valor, quer negativo ou positivo; valor – aquela propriedade que torna a coisa avaliável e, por fim, reações – aquilo que provoca em nós, em nossa vontade, a visão dos valores (1977, p. 68-71).

1.2. Tipologias

Bochenski (1977, p. 76) ensina que os valores são ideais de conduta, tendo sua existência fundada no mundo ideal e que no campo ideal há, pelo menos, três séries de valores: os estéticos, os religiosos e os morais.

Há de se ressaltar que a especulação sobre determinado assunto não é a única forma de contribuir para sua elucidação, nem é a única coisa que se torne humana a vida. O avaliar e tudo que se lhe segue pertence à vida tão essencialmente como a teoria. Nesse sentido, entende Bochenski que são estas as razões pelas quais o filósofo, também, se deve ocupar dos valores, ou seja, estudá-los, “dissertá-los”, e, para que isso seja possível, faz-se necessário colocá-los em prática, mesmo no ato de se dissertar acerca de como o indivíduo deve possuir tais valores (1977, p. 77).

Segue, portanto, o raciocínio de Bochenski apresentando as características dos valores estéticos, assegurando que estes foram os menos investigados pelos filósofos, implicando no dever-ser. Dando ênfase ao belo, sofisticado, elegante, como por exemplo, modo de utilizar talheres, ou mesmo termos de linguagem erudita ou coloquial, o que também atua de forma a contribuir para uma convivência harmoniosa, mas com menor relevância que os valores religiosos e os morais (1977, p. 72).

Já os valores religiosos são, segundo o autor, de “outra ordem” e ainda estão à espera de uma investigação filosófica mais aprofundada, sendo, portanto, bastante difícil seu discernimento. Haja vista a amplitude de religiões e dogmas existentes cada qual com seu “código” de condutas e valores, sendo muito comum algo “totalmente proibido em determinado conjunto de valores religiosos” e “perfeitamente aceito ou desejável em outro”, como, por exemplo, a “circuncisão.”

Porém há de se ressaltar que os valores religiosos, em muitos casos não contribuem para a referida convivência harmoniosa, pelo contrário, são fundamentos para atritos ou até mesmo guerras (1977, p. 71).

Por fim, os valores morais são os mais conhecidos e mais pesquisados pelos filósofos, segundo Bochenski. Tais valores implicam não apenas um dever-ser, mas também um dever-fazer, apresentando, não somente, os parâmetros de como se deve ser e como se deve fazer, mas, principalmente, como não se deve ser e o que não se deve fazer (1977, p. 71). Portanto, entende-se que os valores morais de uma sociedade são um conjunto de normas que definem as ideias mais fundamentais maniqueístas, como certo e errado, bom e mal etc. A exemplo disto pode-se citar o ordenamento jurídico brasiliano, que preceitua a proibição taxativa nas suas cartas legais, ou seja, o ato que não é proibido é, dedutivamente, permitido.

Os valores morais têm sua importância fundada não só no fato de que regulam o comportamento humano em sociedade, mas também no fato de que a visão de moralidade de determinada sociedade atua de forma aglutinadora e fortalece a harmonia social da mesma (BOCHENSKI, 1977. p. 71-73), fazendo com que os indivíduos se sintam, reconhecidamente, membros de tal sociedade, visto que exemplos não nos faltam, como o uso da “túnica e a circuncisão.”

Agora sob uma visão pragmática, Singer (2006) relata considerações sobre valores, principalmente quando faz uma acepção sobre o valor moral do homem desde sua criação, obviamente visto sob o aspecto religioso. O referido autor tece algumas permissões intituladas por Deus para que o homem dominasse a Terra e tudo o que há nela. Assim, o filósofo australiano assevera (2006, p. 281-283):

> As atitudes ocidentais ante a natureza são uma mistura daquelas defendidas pelos hebreus, como encontramos nos primeiros livros da Bíblia, e pela filosofia da Grécia, antiga, principalmente a de Aristóteles. Ao contrário de outras tradições da Antiguidade, como, por exemplo, a da Índia, as tradições hebraicas e gregas fizeram do homem o centro do universo moral; na verdade, não apenas o centro, mas, quase sempre, a totalidade das características moralmente significativas deste mundo.
> O relato bíblico da criação, no *Gênesis,* deixa bem clara a concepção hebraica do lugar especial ocupado pelos seres humanos no plano divino...
> (...)

> Hoje, os cristãos debatem o significado dessa concessão de "domínio", e os que defendem a preservação do meio ambiente afirmam que não deve ser vista como uma licença para fazermos tudo o que quisermos com as outras coisas vivas, mas, sim, como uma orientação para cuidarmos delas em nome de Deus e sermos responsáveis, perante o Criador, pelo modo como as tratamos.

Apesar de, em sua obra já citada, o filósofo pragmático falar mais sobre os valores éticos, abordando temas polêmicos como: eutanásia, aborto e pesquisas com células- tronco embrionárias, convém, no presente artigo, abstermos das elucidações sobre tais valores, tendo em vista que o tema aqui proposto, na opinião da aluna, se restringe ao, tão-somente, valor moral, eis que, segundo a explicação de Singer, "de acordo com a tradição ocidental dominante, o mundo natural existe para o benefício dos seres humanos, e estes são os únicos membros moralmente importantes do mundo" (2006, p. 283).

Portanto, partindo para uma explanação religiosa, para melhor elucidar sobre o comportamento do ser humano, através de seus valores morais, vale explanarmos sobre sua criação à luz da Bíblia e da Metafísica, confrontada com a teoria *darwiana* sobre o Evolucionismo.

2. Teoria da Criação Especial vs. Teoria da Evolução

Em uma breve explanação sobre as diferenças que rondam as teorias da Criação e da Evolução humana, o físico Adauto Lourenço assevera que o Criacionismo (Teoria da Criação Especial) se difere da Teoria da Evolução por ser uma "cosmovisão que propõe que a origem do universo e da vida são resultados de um ato criador intencional." Já a Evolução é uma "teoria naturalista, cujas mudanças das características hereditárias de uma população teriam sido responsáveis pelo aparecimento das novas espécies, através de sucessivas gerações, por longos períodos de tempos." (2012, p. 13).

Sabe-se que o Evolucionismo não surgiu com Darwin. Tales de Mileto foi um dos primeiros a propor que o mundo evoluiu-se "naturalmente" da água. Já o precursor de uma das propostas mais conhecidas na teoria evolucionista, Empédocles de Agrigento, sustentou que "as plantas e os animais não teriam

surgido simultaneamente”, vindo a sobreviver quem melhor fosse “capacitado” (LOURENÇO, 2012. p. 20).

Não à toa muitos cientistas, físicos, biólogos, enfim, algumas pessoas que até então eram adeptas à Teoria da Evolução, “converteram-se” ao Criacionismo, por ele justificar, de forma clara, a origem da vida.

O físico brasileiro nos explica, em sua obra já citada, que o “modelo criacionista, por exigir uma base racional mais objetiva e de menor complexidade, pode ser resumido através das proposições de dois filósofos: Platão e Aristóteles” (LOURENÇO, 2012. p. 21). Mas faz a seguinte ressalva:

> É importante esclarecer que tanto a impressão de que a Teoria Criacionista é religião quanto a afirmação de a Teoria da Evolução já foi provada, são percepções erradas e equivocadas. Portanto, as propostas do Criacionismo e do Naturalismo, quanto às origens, são como uma viagem de volta ao passado, oferecendo possíveis explicações sobre a origem do universo e da vida. Mas tanto uma quanto a outra oferecem apenas modelos distintos quanto ás origens. São duas cosmovisões baseadas em interpretações científicas voltadas à procura das respostas para as grandes perguntas sobre a nossa existência. Aqui encontra-se o ponto central de toda a discussão sobre o tema das origens, pois é nesta busca que se encontram as pressuposições, os argumentos e as conjecturas de tudo o que se procura provar (LOURENÇO, 2012. p. 15).

A visão criacionista sob uma “base racional mais ampla” (LOURENÇO, 2012. p. 17) pode nos levar a uma visão mais harmonizada das referências e dos modelos apresentados pelas duas teorias. Por fim, e na certeza de que uma fuga ao tema seria inevitável – pois até Habermas comungou da ideia de que “essa contingência pode ser compreendida tanto de modo religioso como também em um sentido pós-metafísico” (HABERMAS, 2001. P. 210)-, a criação da vida tem que ser estudada por dois campos: metafísico e, não menos importante, religioso. Até porque, como veremos adiante, “Eva foi o primeiro clone geneticamente modificado por Deus.”[50]

---

[50] Excerto da entrevista concedida à Rádio Comunhão: http://www.comunhao.com.br/index.php/component/k2/item/8965-adauto-louren%C3%A7o

2.1.Teoria do *Design* Inteligente (TDI)

O físico, em sua obra já citada, nos ensina que a ideia do *design inteligente* está dissociada da figura de um “Criador, até porque este estaria associado à Teoria da Criação Especial (TCE)” (LOURENÇO, 2012. p. 55). A Teoria do *Design* Inteligente busca, tão-somente, encontrar pontos ou sinais de inteligência na natureza, de forma que – para que fique claramente elucidado -, por ser uma teoria científica “com consequências empíricas e desprovidas de qualquer compromisso religioso”, ela possa propor ou detectar, empiricamente, um “produto do acaso” (criado por processos naturais) ou um “produto de uma inteligência organizadora”, denominado de “*design* genuíno” (LOURENÇO, 2012. p. 50). A TDI também é conhecida como *Teoria da Informação,* na qual a “informação torna-se o indicador confiável do *design*, bem como o objeto da investigação científica” (LOURENÇO, 2012. p. 44).

Vale ressaltar que a Teoria do *Design* Inteligente, apontada por Lourenço, aborda dois tipos de complexidades: especificada e irredutível. Sucintamente, e isso – na visão desta aluna - é necessário para chegarmos ao tema da primeira clonagem humana (Eva), tem-se por complexidade especificada a relação direta com o propósito, isto é, *design* inteligente em sentido estrito, e por complexidade irredutível, “o concurso simultâneo do menor número de componentes independentes, precisamente sequenciados e ajustados para que o todo possa funcionar” (LOURENÇO, 2012. p. 51).

Assim, explica o físico brasileiro, “a própria descoberta do código genético (DNA) deu um novo argumento à Teoria do *Design* Inteligente, uma vez que o código é um tipo especial de ordem e organização, sendo exemplo claro de *informação complexa especificada* (ICE)” (LOURENÇO, 2012. p. 53). Esta informação foi introduzida como peça-chave para desvendarmos, ou ao menos tentarmos, o mistério da criação humana.

2.2. Eva – o primeiro clone geneticamente modificado por Deus: uma introdução ao Criacionismo Bíblico

Numa entrevista concedida para a Rádio Comunhão[51], Lourenço (2012) assevera que Eva foi o primeiro clone geneticamente modificado por Deus à luz do Criacionismo Bíblico. Ressalta-se que este Criacionismo nada tem a ver, tampouco se confunde, com o Criacionismo Científico. Este, como já posto aqui, diz respeito à cosmovisão das leis originárias do universo e da vida numa óptica físico-científica. O Criacionismo Bíblico trata-se da fé, pois por ela é que se acredita na existência de Deus.

Lourenço (2012) fala que Deus, ao colocar Adão para dormir profundamente – acredita-se que por meio de uma "anestesia geral" - retirou dele uma costela, pois "aqui é onde se encontra medula óssea vermelha, a qual há células-tronco." No entanto, ao ser indagado do porquê de Deus ter "feito" Eva por último, o físico assim respondeu: "Adão fora criado primeiro porque ele possui cromossomos XY e a mulher, obviamente, cromossomos XX. No processo de clonagem é só duplicar o cromossomo X. Mas se Deus tivesse criado primeiro a mulher, como iria duplicar o cromossomo Y?" (LOURENÇO, 2012).

Diante disso, tem-se que a prática da clonagem foi "genuinamente" realizada por Deus para que fizesse existir uma companheira para sua primeira criatura, Adão.

Eva, como se especula o Criacionismo Bíblico, foi o primeiro clone humano realizado na Terra. Assim, é elementar nos reportarmos à seguinte indagação: sendo Eva "fruto de um clone geneticamente modificado por Deus", estaríamos autorizados a realizar clones de nós mesmos, como "criadores da natureza"? Certamente que não! A uma, não podemos "brincar" de ser Deus, porque somos seres imperfeitos e mortais. A duas, ainda que assim não fôssemos, não nos seria dada tal permissão por Deus, porque só, e somente só, a Ele cabe o poder de multiplicar a nós mesmos à Sua imagem e semelhança, e não o revés. A três, visto sob a análise jurídico-protecionista, isso feriria o princípio basilar da dignidade da pessoa humana, sim porque o clone estaria desprovido desta proteção constitucional, eis que não poderia receber tal "titulação". Seria um ser criado pelo

[51] In http://www.comunhao.com.br/index.php/component/k2/item/8965-adauto-louren%C3%A7o

próprio homem, mas não um ser detentor de “dignidade da pessoa humana”, não um ser detentor de personalidade/individualidade, cabível apenas para as espécies naturalmente criadas, nós.

É importante destacar que isso tudo é visto à luz do Criacionismo Bíblico e da vedação legal. Todavia, na opinião desta aluna, clonar humanos, nos dias atuais, talvez não seria algo tão “aberrante” ou “violador de princípio” assim. Visto por um óptica “evolucionista” (e não se referindo à Teoria da Evolução, mas, sim, algo que vai além da nossa capacidade de ser-matéria), isso seria contemplar a evolução do ser em si mesmo. Em dois aspectos primeiros: a) indivíduos capazes de modificar os erros passados e tornarem-se seres melhores do que foram; e b) indivíduos livres de doenças congênitas que assolam suas árvores genealógicas, não no intuito de fazer uma “raça perfeita”, mas no intuito de “amenizar as dores do mundo...” Porém, essa discussão não está em voga no presente trabalho. Voltemos à análise da proibição legal da clonagem humana, tema do qual será a abordagem do último capítulo desta obra.

Farias (2005, p. 275), em sua obra sobre a Clonagem Humana, nos ensina que para uma reflexão sobre tal procedimento faz-se necessário sua “análise racional sob o âmbito dos valores éticos e sob o aspecto jurídico.” Pois bem, o Mestre, enfaticamente, demonstra que a prática da Clonagem Humana é impossível no “contexto da Carta Magna e no ordenamento jurídico vigente, que dispôs, claramente, sobre determinados valores constitucionais que impedem tal procedimento, entre eles o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.” E é isso que veremos a seguir.

3. A (im)Possibilidade de se Clonar Humanos

Ainda que se pretenda, num futuro não muito remoto, permitir que o homem clone a si mesmo, a Lei 11.105/2005 proíbe expressamente sua prática, exceto para cunho terapêutico. Dessa forma, a Nova Lei de Biossegurança reza sobre a vedação da clonagem humana em seu artigo 6º inciso IV, *sic*: *fica proibido clonagem humana*. Ora, sabe-se que, desde o momento em que o Estado passou a ser detentor da ordem social, o homem tem que obedecer às normas legais. Contudo, nas relações contratuais, tudo o que não está proibido no contrato é

permitido. Mas em se tratando de disposições normativas editadas pelo Estado, tudo o que não está permitido na lei, é proibido. Assim, até que o legislador disponha em sentido contrário, é expressamente proibida a prática da clonagem reprodutiva/humana.

3.1. Conceito de Clone:

A palavra clone vem do grego *klón* que quer dizer rebento. Em termos da Biologia, "indivíduo ou população de indivíduos provenientes da produção vegetativa ou assexuada de um mesmo indivíduo." Em sentido figurado, clone quer dizer "indivíduo que seria a réplica de outro indivíduo" (Dicionário *Online* Priberam)

Segundo os conceitos extraídos do sítio eletrônico da Wikipédia, o termo clone é "empregado para se referir à clonagem humana artificial, sendo que ele não é empregado para se referir ao nascimento de gêmeos idênticos, cultura de tecidos ou a cultura de células humanas."

3.2. Espécies:

Há dois tipos, conhecidos e estudados no ramo médico-científico, de clonagem. São eles: a terapêutica e a reprodutiva, esta, também, conhecida como humana *in lato sensu*. Pois bem, tem-se como terapêutica a clonagem que envolve a reprodução de células de um adulto para uso em medicina (Wikipédia), como por exemplo, o ato de clonar uma orelha ou um nariz. É uma área ativa de pesquisa na biomedicina. Este tipo de clonagem é permitido por lei.

Já a clonagem reprodutiva/humana é aquela em que há a reprodução do homem em si mesmo, de forma artificial. Tal prática ainda não foi realizada e é, em muitos países – inclusive no Brasil -, proibida.

Importante salientar que alguns estudiosos do Direito, da Medicina, enfim, das Ciências Humanas e da Saúde, entendem que até mesmo a clonagem terapêutica, quando da utilização de células-tronco embrionárias, é algo "inaceitável do ponto de vista ético e jurídico. Referida clonagem contraria à ideia de que o ser humano é um fim em si mesmo" (LOUREIRO, 2009. p. 158).

3.3. Um ensaio crítico ao pensamento doutrinário contrário à clonagem terapêutica:

Há quem pense de forma diversa, como é o caso do filósofo Peter Singer, o desta aluna e do Supremo Tribunal Federal, o qual entendeu pela constitucionalidade das pesquisas com células-tronco embrionárias. Assim, há de se asseverar que a clonagem terapêutica é legal e constitucionalmente possível.

Apenas para fins elucidativos, vale refutar o posicionamento trazido pela Mestra Cláudia Regina Magalhães, a qual acredita que a clonagem terapêutica seja algo “inaceitável no ponto de vista ético e jurídico.” A uma, embrião não é um ser em si mesmo, mas coisa. Como assevera Singer (2006, p. 147), “o óvulo fertilizado é uma célula única. Depois de vários dias, ainda não deixou de ser um minúsculo grupo de células que NÃO possuem uma única característica anatômica do ser em que, mais tarde, irão transformar-se.”

A duas, e por fim, nos explica o filósofo australiano, “por volta dos 14 dias depois da fertilização, não podemos sequer saber se o embrião vai transformar-se em um ou dois indivíduos... É provável que o embrião não seja consciente, não sinta dor.” Com todo respeito ao posicionamento da Mestra Cláudia, mas ela utiliza o que Peter Singer chama de “ponto de vista conservador” para demonstrar que o experimento com células-tronco (embriões) fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.4. Clonagem humana sob a óptica da ética, da dogmática-jurídica e do princípio da dignidade da pessoa humana:

Em sua “introdução crítica” a despeito da clonagem humana, sob a percepção da Bioética e do Biodireito, Farias (2005. p.273) aborda sobre os três princípios éticos trazidos pelo Relatório de Belmont[52], onde, à luz de seu contexto, não se possibilita a prática da clonagem reprodutiva. A saber tais princípios citados pelo Mestre: “respeito às pessoas – relacionado à dignidade da pessoa humana;

[52] *Relatório Belmont*: *Princípios e Diretrizes Éticas Para a Proteção de Pacientes Humanos em Pesquisas.* O relatório defendeu o **respeito pelas pessoas, a beneficência e a justiça** como princípios fundamentais para a conduta ética de pesquisas envolvendo participantes humanos. http://www.fhi360.org. acesso em 29/09/2014.

beneficência – no contexto da atuação profissional do médico, ao maximizar o bem e minimizar a mal, é agir sempre em favor do paciente; e, justiça – isonomia."

Pois bem, o Farias ressalta que o princípio do respeito às pessoas, também denominado de princípio da autonomia, afirma que o ser humano é detentor de "capacidade de deliberar sobre seus objetivos pessoais e de agir na direção desta deliberação" (2005. p. 273). Dessa forma, o referido autor preleciona que "respeitar a autonomia é valorizar a consideração sobre as opiniões e escolhas, evitando a obstrução de suas ações, a menos que elas sejam claramente prejudiciais a outras pessoas" (2005. p.273).

Farias nos traz a lição de que "a ordem jurídica nacional protege o ser humano, não só no interesse do próprio indivíduo, mas também no interesse da sociedade que resguarda a dignidade da pessoa humana" (2005. p. 276).

No entanto, em contraponto ao pensamento do douto Farias, cumpre salientar que, como posto anteriormente, um clone humano não pode ser visto como um ser detentor de autonomia, tampouco dela de forma "reduzida". Primeiro, considerando o plano da dogmática-jurídica, ele não seria um ser em si mesmo, mas uma coisa criada pelo próprio homem. Assim, não poderia ser detentor da proteção do princípio da dignidade da pessoa humana, eis que esta pertence apenas aos seres dotados de "razão e consciência" (LEMISZ, 2010). Segundo a referida autora, o clone humano, ainda que, supostamente, o considerássemos um ser detentor de "autonomia e/ou capacidade diminuída", deveríamos, neste caso, trata-lo, *ad valorem,* como um marginal. Explica-se. Por não poder "desfrutar" dos benefícios a que goza o homem dotado de personalidade exclusiva, o clone, por ser uma xerocópia de um homem "real", estaria à margem da sociedade, sendo certo que estaria desprovido das proteções e benesses a que goza o "seu criador."

Ainda que sua "visão crítica" a respeito da Clonagem Humana tenha sido confeccionada à luz da antiga Lei da Biossegurança (Lei 8.974/91), Farias faz alusão, em sua obra, ao aspecto da possibilidade de se incorrer em delito aquele que, não sendo "entidades de direito público ou privado direcionadas às atividades e projetos de pesquisa científica", praticar estudos científicos sobre organismos geneticamente modificados (OGM). Tal criminoso poderá sofrer, "além da responsabilização civil, pena privativa de liberdade", podendo variar de "3 meses de

detenção a 20 anos de reclusão, consoante o disposto no artigo 13 da referida lei" (FARIAS, 2005.p. 277). A Nova Lei de Biossegurança (11.105/05) trouxe, em seu Capítulo VIII, a previsão dos crimes e das penas. A saber:

> Art. 24. Utilizar embrião humano em desacordo com o que dispõe o art. 5o desta Lei:
> Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.
> Art. 25. Praticar engenharia genética em célula germinal humana, zigoto humano ou embrião humano:
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
> Art. 26. Realizar clonagem humana:
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.
> Art. 27. Liberar ou descartar OGM no meio ambiente, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização:
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.
> § 1o (VETADO)
> § 2o Agrava-se a pena:
> I – de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se resultar dano à propriedade alheia;
> II – de 1/3 (um terço) até a metade, se resultar dano ao meio ambiente;
> III – da metade até 2/3 (dois terços), se resultar lesão corporal de natureza grave em outrem;
> IV – de 2/3 (dois terços) até o dobro, se resultar a morte de outrem.
> Art. 28. Utilizar, comercializar, registrar, patentear e licenciar tecnologias genéticas de restrição do uso:
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.
>
> Art. 29. Produzir, armazenar, transportar, comercializar, importar ou exportar OGM ou seus derivados, sem autorização ou em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização:
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.

Assim, o § 2º do artigo 2º da mencionada Lei dispõe que responderá pelos delitos acima estabelecidos a pessoa física em atuação autônoma e independente, ainda que mantenha vínculo empregatício ou qualquer outro com pessoas jurídicas. Não obstante a proibição trazida por lei, aos juristas e aos seres humanos, em geral, cabem, além de obedecer às normas legais, esperar a evolução da ciência para poder se chegar a uma conclusão precisa e legalmente embasada no tocante à possibilidade ou não de se clonar homens. Impossível, no entender desta aluna, se chegar a uma conclusão empírica sobre a prática da clonagem reprodutiva e se ela viola os princípios basilares da dignidade da pessoa humana.

Resta-nos trazer à baila a conclusão de Farias em sua obra já citada, asseverando que a prática da clonagem humana não passa de “vaidade narcisista.” *In verbis:*

> ... afirme-se que o máximo do narcisismo é a clonagem de si próprio. Aqueles que almejam que o seu programa genético seja duplicado, agem com vaidade de julgarem-se perfeitos, a tal ponto que estariam ajudando a Natureza a duplicar essa criatura incompatível!” (...p. 283)

Contudo, importante salientar que, até determinação legal em contrário, a clonagem humana é proibida por lei, sendo, somente, permitida a clonagem terapêutica.

CONCLUSÃO

É no afã das discussões acaloradas que saem as mais brilhantes teses... Por isso, esses temas polêmicos fazem surgir nos estudiosos dos diversos ramos científicos as controvérsias sobre a pessoa humana e sua “pretensa” dignidade. Não à toa a presente obra procurou, prematuramente, abordar o surgimento do primeiro clone humano à luz do Criacionismo Bíblico: Eva.

Essa discussão sobre a “proteção da dignidade da pessoa humana com relação ao ´ser´ clonado” é infindável... Impossível, na visão desta aluna, chegarmos a uma conclusão precisa se, numa possibilidade não muito remota, o homem ao clonar a si mesmo estaria ferindo, dentre outros, tal princípio. Como cediço, a área do Genoma ainda é desconhecida no ramo do Biodireito, em aspectos jurídico-doutrinários.

Por fim, há de se perquirir que o tema, apesar de complexo e polêmico, nos remete a um questionamento básico: será que, ao invés de pensarmos que estaríamos ferindo os princípios da dignidade da pessoa humana ou a liberdade de um “ser xerocopiado”, não estaríamos nos aprimorando em termos de evolução humana? Afinal, se não fosse por Eva – ao cair em tentação -, talvez seríamos imortais e puros, sem imperfeições, defeitos e questionamentos... assim como Deus desejou desde o início: “podem comer de todos os frutos do Éden, exceto dos da

árvore do conhecimento do bem e do mal, se o fizerem é certo que morrerão (Gênesis, 3:5)...”

Bibliografia

BOCHENSKI, Innocentius Marie. *Diretrizes do Pensamento Filosófico*, São Paulo: ed. Pedagógica e Universitária, 6. ed. 1977.

COTRIM, G. *Fundamentos da Filosofia: Ser, Saber e Fazer*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

COHEN, Cláudio; Marco Segre. *In* Revista Bioética vol. 2 nº 1 - 1994, *Breve Discurso sobre Valores, Moral e Ética*, (http://www.psiquiatriageral.com.br/bioetica/valores.htm)

Dicionário *online* Priberam: http://www.priberam.pt/dlpo/clone

FARIAS, P. J. L. *"Clonagem Humana - o homem como criador da natureza"* In Biodireito e bioética. Arthur Magno e Silva Guerra e (Coord) . . 1. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. v. 1. 403 p.

GIL, Antônio Carlos. *Como elaborar projetos de pesquisa*, 4. ed., São Paulo: Atlas, 2002;

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Fundamentos de Metodologia Científica*, 3. ed., São Paulo: editora Atlas, 1991.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional – Ensaios políticos*, traduzido por Márcio Seligman Silva. Ed. Littera Mundi, 2001.

LEMISZ, Ivone Ballao in Reflexão sobre o princípio da dignidade da pessoa humana à luz da Constituição Federal. Artigo extraído do sítio eletrônico:

http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5649/O-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana

LEITE, Maria Celeste Cordeiro *apud* LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. *Introdução ao Biodireito*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

LOUREIRO, Cláudia Regina Magalhães. *Introdução ao Biodireito*. **São Paulo:** Ed. Saraiva, 2009.

LOURENÇO, Adauto. *Como tudo começou – uma introdução ao Criacionismo,* São José dos Campos – São Paulo: ed. Fiel, 1ª edição – 3ª reimpressão, 2012.

Revista Bioética vol. 2 nº 1 - 1994, *Breve Discurso sobre Valores, Moral e Ética,* http://www.psiquiatriageral.com.br/bioetica/valores.htm.

SINGER, Peter. *Ética Prática*, São Paulo: ed. Martins Fontes, 3ª edição – 2ª tiragem, 2006.

_____________ *Vida Ética*, Rio de Janeiro: ed. Ediouro Publicações S/A, 2ª edição, 2002.

Wikipédia: http://pt.wikipedia.org/wiki/clonagemhumana

O NOVO CÓDIGO FLORESTAL E AS ÁREAS DE RESERVA LEGAL

Mikaela Minaré Braúna[53]

Introdução

O assunto ambiental é um dos temas mais comentados pela população global, mais evidente que o crescimento econômico e financeiro, pois o crescimento da espécie humana depende do saneamento do Planeta e da administração inteligente dos recursos naturais.

A efetiva proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado é um meio de preservá-lo, conservá-lo, garantindo, assim, um desenvolvimento sustentável e uma essencial qualidade de vida à presente e às futuras gerações, conforme, aliás, prevê a Constituição Federal de 1988 ao impor ao Poder Público e à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Para isto, a criação de leis é uma forma de garantir a observância de vários princípios do Direito Ambiental, bem como a política nacional do meio ambiente que garantirá a proteção de direito indisponível pertencente a toda coletividade.

No entanto é importante observar que o Estado não é proprietário do meio ambiente e sim um gestor e o interesse público é supremo sobre o particular.

O novo Código Florestal, fruto de acordos políticos, trouxe inovações, como por exemplo, a possibilidade de exploração econômica de áreas protegidas, anistia a proprietários rurais de multas e sanções previstas na legislação anterior e o controle das áreas de Reserva Legal por meio do Cadastro Ambiental Rural – CAR.

A Constituição da República (1988), em seu artigo 225, garante a proteção e a preservação ambiental, erigindo, assim, um princípio constitucional que ordena a todos o dever de garantir e tutelar o meio que nos cerca, assegurando não só a sobrevivência dos seres vivos, mas também a própria vida das gerações presentes e futuras.

O homem é o único capaz de garantir a sustentabilidade do Planeta, já que, com suas ações e omissões, pode romper os movimentos e as forças

[53] Mestranda em Direito pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Advogada

produzidos espontaneamente pela natureza e modificar os mecanismos reguladores que, em condições normais, mantêm ou renovam os recursos naturais e a vida na Terra.

A Carta Magna além de determinar ao Poder Público a incumbência de proteger a fauna e a flora, em seu art. 225, § 1º, VII, também veda as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Dessa forma, é preciso avaliar se as mudanças com relação às áreas de Reserva Legal no Novo Código Florestal trarão benefícios ao meio ambiente, levando-se em consideração o princípio da prevenção ambiental.

Isto porque o meio ambiente equilibrado é assegurado pela Constituição Federal como um direito fundamental da terceira geração, já que inteiramente relacionado com o direito constitucional à vida das presentes e futuras gerações.

1. Meio Ambiente e o Direito Fundamental

O elenco constitucional de direitos fundamentais não é taxativo e, por isso, permite o ingresso no texto constitucional de novos direitos.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, já que visa à proteção do direito à vida, o que enseja uma responsabilidade social do Estado e da coletividade, pois é uma condição imprescindível para assegurar o futuro da humanidade.

A dignidade da pessoa humana está consubstanciada na vida, direito fundamental, que somente pode ser garantido com a preservação do meio ambiente. O homem necessita de um meio ambiente sadio para viver com dignidade.

Dessa forma, seria, portanto, irrevogável, já que representaria uma cláusula pétrea e indisponível. Além disso, por se tratar de um direito fundamental, vinculam o exercício das atividades do Legislativo, Executivo e do Judiciário.

O reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente na Constituição Federal do Brasil pode ser visto em inúmeras decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em destaque nos julgamentos do RE 134.297-8/SP e do

MS 22.164/SP[54]. Neste último julgamento, o STF reconheceu expressamente a definição constitucional do direito fundamental ao meio ambiente, constituindo-se pela representação objetiva da necessidade de se proteger valores e objetivos associados ao princípio da solidariedade.

A reserva legal é, a rigor, um postulado constitucional da função socioambiental da propriedade privada.

Portanto, qualquer ato normativo que disponha sobre o meio ambiente, bem como sobre a reserva legal deve ter como base a Constituição Federal, não podendo contrariá-la.

Histórico Legislativo Ambiental

O primeiro Código Florestal Brasileiro, decretado por Getúlio Vargas (Decreto 23.793/1934), não possuía objetos de conservação dos recursos naturais, mas apenas de delimitação dos recursos passíveis de exploração industrial. De qualquer sorte, as medidas de proteção acabavam por conversar os recursos naturais.

Através deste Código, surgiu a criação de alguns espaços protegidos e produtivos, quais sejam, florestas protetoras, florestas remanescentes, florestas modelo, florestas de rendimento e os parques Nacionais, estaduais ou municipais.

Já a primeira Constituição a considerar a proteção da natureza como um princípio fundamental foi a de 1934, tendo atribuído a competência de forma concorrente aos entes federativos.

Em 1965, foi criado o segundo Código Florestal, através da Lei 4.771, que estabelecia que as florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação são bens de interesse comum a todos os habitantes do país. Todavia, essa nova legislação extinguiu as tipologias florestais previstas no Código anterior, substituindo pela criação dos espaços territoriais especialmente protegidos,

---

[54] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 134297-8/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ: 22.09.1995. Disponível em: HTTP://www.stf.jus.br. Acesso em: 03.02.2014. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22164-0/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ: 17.11.1995. Disponível em: HTTP://www.stf.jus.br. Acesso em: 03.02.2014.

consubstanciados em parque nacional, floresta nacional, áreas de preservação permanente (APP) e áreas de reserva legal (RL).

Novas modificações sofreram o Código de 1965, mas sempre no intuito de ser preservar o meio ambiente, como por exemplo, a Lei 7.511/86 aumentou as faixas de áreas de preservação permanente situadas ao longo de cursos d'água.

Diante da preocupação com o meio ambiente, a Constituição Federal de 1988 consagra em seu artigo 225 o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, através da criação de espaços territoriais especialmente protegidos e traz referências à necessidade de preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, §1º, I), bem como à proteção da função ecológica da fauna e da flora (art. 225, VI). Além de fazer constar do próprio conceito de função social da propriedade a proteção do meio ambiente.

A Constituição Federal consagrou um "dever constitucional geral de não degradação" (BENJAMIN, 2011. p. 40). Segundo explica o Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Antônio Herman Benjamin (2011. p. 90),

> Trata-se de dever constitucional autossuficiente e com força vinculante plena, dispensando, na sua aplicação genérica, a atuação do legislador ordinário. É, por outro lado, dever inafastável, tanto pela vontade dos sujeitos privados envolvidos, como a pretexto de exercício da discricionariedade administrativa, Vale dizer: é dever que, na estrutura do edifício jurídico, não se insere na esfera de livre opção dos indivíduos, públicos ou não".

As preocupações com o exponencial desmatamento no Brasil e a perda da biodiversidade e, principalmente, em resposta às críticas nacionais e internacionais voltadas à política ambiental brasileira, levaram a promulgação de novas Leis com alterações importantíssimas, tais como ampliação da vedação de corte raso, limitação de novas conversões de florestas para pecuária e agricultura, imposição do manejo florestal sustentável de uso múltiplo, modificação de áreas de preservação permanente e reserva legal. (Medida Provisória nº 1.511/96 e MP 2.166/2001).

Entretanto, as pressões por parte dos agricultores se tornaram maior após a adoção de duas importantes medidas pelo Governo Federal: a edição da Resolução n° 3.545, em 2008, pelo Banco Central, que passou a condicionar a

liberação de financiamento agropecuário à regularização ambiental das propriedades rurais com desmatamentos ilegais e a publicação do Decreto 6.514, também de 2008, que definiu sanções administrativas e penalidades para condutas infracionais ao meio ambiente, entre elas, propriedades que não tivessem sua reserva legal averbada no respectivo registro do imóvel.

Portanto, o aumento do desmatamento reduziria cada vez mais, o que geraria uma grande redução econômica gerada com o avanço da fronteira agrícola, das monoculturas e da pecuária extensiva.

E, neste calor, ignorando-se o princípio da proteção ambiental e em desobediência as diretrizes constitucionais ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o processo legislativo foi dominado por propostas políticas, formuladas diante da reação dos grandes proprietários rurais, que tinham como único objetivo isentá-los de diversos deveres, entre eles, à proteção das florestas e, ainda, acobertar as ilegalidades cometidas anteriormente. Tudo isto com um só objetivo: crescimento econômico em detrimento ao meio ambiente.

Surgiu, assim, em 2012, o Novo Código Florestal, Lei 12.651, que reduziu drasticamente a proteção às áreas de preservação permanente e às áreas de reserva legal, espaços ambientais fundamentais para a proteção de solo e água, preservação da biodiversidade e manutenção do equilíbrio dos ecossistemas, diminuiu o padrão de proteção ambiental, ofendendo mandamentos constitucionais explícitos.

Espaços territoriais especialmente protegidos

Para a preservação do meio ambiente e visando a restauração dos processos ecológicos essenciais, foram criados os espaços territoriais especialmente protegidos, que tem como objetivo garantir a preservação da diversidade e a integridade do patrimônio genético do País, bem como a proteção da fauna e da flora. Esses espaços estão sujeitos a um regime jurídico especial que assegurem sua inalterabilidade e sua utilização sustentável.

Além disso, exercem o papel de corredores ecológicos, forma mais eficiente de preservação da diversidade biológica e, principalmente, tem como objetivo conter a devastação florestal.

São eles: área de preservação permanente e a reserva legal.

3.1. Área De Preservação Permanente

São áreas de preservação e, por isso, é proibida a exploração econômica direta, mesmo que com manejo. São constituídas pelas florestas e demais formas de vegetação e tem como objetivo favorecer sua função ambiental, ou seja, preservação dos recursos hídricos, da paisagem, da estabilidade geológica, da biodiversidade e a proteção do solo.

São importantíssimas ao longo dos rios e demais cursos d'água, já que naturalmente desempenham o papel de corredores, permitindo o fluxo gênico de fauna e flora.

Segundo Édis Milaré (2009, p.743):

> (...) as APPs têm esse papel (maravilhoso, aliás!) de abrigar a biodiversidade e promover a propagação da vida; assegurar a qualidade do solo e garantir o armazenamento do recurso água em condições favoráveis de quantidade e qualidade; já a paisagem é intrinsecamente ligada aos componentes do ecossistema. E mais, têm muito ta ver com o bem-estar das populações que estão em seu entorno, contribuindo para a sadia qualidade de vida assegurada no caput do art. 225 da Constituição Federal.

3.2. Áreas De Reserva Legal

O inciso III, artigo 3º do Código Florestal brasileiro define a reserva legal como sendo a

> área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa.

Portanto, é um "percentual da propriedade rural, pública ou privada, que não pode sofrer corte raso, cuja finalidade precípua é a manutenção da representatividade dos ecossistemas presentes em nosso território". (LEUZINGER, 2011).

O instituto jurídico da Reserva Legal somente foi inserido no nosso ordenamento jurídico por meio da Lei nº 7.803/89 e, posteriormente, alterado pela Medida Provisória nº 2.166-67.

Assim, em conformidade com o doutrinador Milaré (2009, p. 752), a Reserva legal:

> (...) é uma limitação inerente ao atendimento da função social no exercício do direito da propriedade rural, recomendada pela Carta Constitucional de 1988, independentemente da vegetação ali existente (natural, primitiva, regenerada ou plantada) ou do fato de essa vegetação ter sido substituída por outro uso do solo. Essa a intenção do Código Florestal de 1965, que ainda persiste.

Com efeito, a Reserva Legal é uma obrigação do proprietário do imóvel e que recai sobre o imóvel, obrigando a todos que sucedem o proprietário, já que condiciona o uso da propriedade em prol do interesse público.

O Superior Tribunal de Justiça tem inúmeras decisões afirmando que a função social da propriedade rural é cumprida quando atende, seguindo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, a requisitos certos, entre os quais o de "utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente" e que a obrigação de reparação dos danos ambientais é *propter rem*, ainda que o novo proprietário não seja o responsável pelo desmatamento.

Principais alterações que demonstram retrocesso na proteção das Reservas Legais no Novo Código Florestal (Lei 12.651/2012)

O Novo Código Florestal trouxe profundas alterações que, como dito alhures, visam beneficiar os proprietários rurais e o crescimento econômico desenfreado.

De fato, é possível perceber que essas modificações deixaram em segundo plano a preservação do meio ambiente e foram feitas à margem do respeito ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Isto pode ser visualizado já no inciso III do art. 3º, onde se percebe que a reserva legal passou a ter como função apenas auxiliar ou assegurar na conservação dos processos ecológicos, quando antes era necessária, portanto, retirou o grau de importância da reserva legal em relação aos processos ecológicos.

A redação dada a este artigo confere a área um escopo eminentemente econômico, quando deveria ser o contrário, ou seja, evitar que o uso econômico sacrifique a proteção dos processos ecológicos essenciais, da biodiversidade e abrigo da fauna e flora nativas.

Quanto à redução da área de reserva legal, os parágrafos 4º e 5º, do artigo 12 demonstram um enorme retrocesso ambiental, pois são vultuosamente distintas as finalidades ecológicas das unidades de conservação e das áreas de reserva legal, de modo que tais instrumentos de proteção ambiental não podem ser equiparados e nem substituídos. Ademais, essa flexibilização não está condicionada a recomposição da área.

Suprimiu-se, ainda, neste artigo que essa redução somente seria possível após indicação pelo Zoneamento Ecológico-Ecônomico (ZEE) e pelo Zoneamento Agrícola, após ouvidos o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), o Ministério do Meio Ambiente e o Ministério da Agricultura e Abastecimento, bem como aboliu a exclusão, em qualquer caso, das áreas de preservação permanente, conforme previa o Código de 1965.

Portanto, este artigo viola o dever geral de não degradação e, ainda, o dever fundamental do Poder Público de garantir a restauração dos ecossistemas e dos processos ecológicos essenciais.

Ainda sobre a possibilidade de redução da Reserva Legal, o artigo 13 do Novo Código dispõe que o Zoneamento Ecológico-Ecônomico (ZEE) estadual poderá indicar novas hipóteses de redução da reserva legal para até 50%, quando situadas em área de floresta localizada na Amazônia. Todavia, não serão ouvidos os demais órgãos antes da adoção desta medida.

Estes artigos já demonstram que essa nova Lei é mais permissiva quanto à possibilidade de redução da reserva legal na Floresta Amazônica e que está cada vez mais fácil reduzir um espaço territorial especialmente protetivo.

E mais, o parágrafo primeiro deste artigo, possibilita ao proprietário ou possuidor que mantiver reserva legal conservada e averbada acima do percentual exigido em razão da redução instituir servidão ambiental, o que lhe permite compensar outras propriedades ou posses desprovidas de reserva legal.

Na mesma esteira é o benefício introduzido pelos parágrafos 6º e 7º do artigo 12 do Código Florestal que dispensam a constituição de uma reserva legal aos empreendimentos de abastecimento público de água e tratamento de esgoto e as áreas adquiridas ou desapropriadas por detentor de concessão, permissão ou autorização para exploração de potencial de energia hidráulica, nas quais funcionem empreendimentos de geração de energia elétrica, subestações, ou seja, instaladas linhas de transmissão e de distribuição de energia elétrica.

A dispensa de constituição de reserva legal, na forma prevista acima, constitui redução indevida e sem qualquer justificativa na proteção ambiental, pois a localização do imóvel em zona rural é condição suficiente para existência de uma reserva legal, independentemente da atividade a ser exercida.

Assim, se a eventual implantação dos empreendimentos de que trata a norma provoca redução das áreas de reserva legal, deveria ser exigida, no processo de licenciamento ambiental, a devida compensação, mediante a preservação de área equivalente, mesmo que para isso tenha que se adquirir outras áreas.

Neste passo, é evidente que essa modificação diminuirá as funções ecossistêmicas das propriedades afetadas e prejudicará a conservação de biomas em extensas áreas.

Importa destacar que, não havia essa previsão no Código Florestal de 1965, já que é uma obrigação constitucional tanto do Poder Público, como da coletividade proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

No que tange a localização da área de reserva legal, dispõe o parágrafo segundo do artigo 14 a ausência de sanção administrativa, inclusive de

restrição a direitos, ao proprietário ou possuidor que, uma vez protocolada a documentação exigida para análise da localização da Reserva Legal, a área não seja formalizada. De acordo com este dispositivo, não importa se a falha na formalização dessa área é do órgão público competente ou de culpa exclusiva do proprietário ou possuidor que deixa de atender as determinações do Poder Público, bastando protocolar a documentação para se livrar de qualquer penalidade. O legislador deveria ter estipulado um prazo para o cumprimento das determinações emanadas pelo Poder Público quando a documentação for insuficiente ou não atender aos fins a que se destina, sob pena de uma sanção.

Anote-se, ainda, que a permissão do cômputo das áreas de preservação permanente no cálculo do percentual de Reserva Legal, prevista no artigo 15, independente da localização da propriedade ou posse rural, consequentemente, diminuirá as áreas de vegetação, principalmente, porque essas áreas desempenham funções ecossistêmicas diversas, mas complementares. Por conseguinte, a compensação de uma área em detrimento da outra deixa de conferir sustentabilidade às propriedades rurais. Este dispositivo sequer exige que a área que servirá de cômputo seja preservada, bastando que esteja em processo de recuperação.

Enquanto que o Código de 1965 permitia a utilização das áreas de Reserva Legal, sem a supressão da vegetação, mas desde que sob a forma de manejo sustentável e de acordo com princípios e critérios técnicos e científicos estabelecidos, o novo Código, em seu artigo 17, possibilitou a exploração econômica da Reserva Legal, mediante manejo sustentável, todavia sem a necessidade de obediência a princípios e critérios técnicos e científicos estabelecidos.

Outra mudança que traz sérias preocupações diz respeito à averbação da área de Reserva Legal que, no antigo Código, era feita à margem da inscrição da matrícula do imóvel no registro de imóveis competente, sendo vedada destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área. Já o novo Código extinguiu essa obrigação, por meio da inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR), conforme previsão estampada no parágrafo 4º, do artigo 18.

Ocorre que a averbação da área de Reserva Legal é real condição de existência do espaço protetivo, pois o efeito da inscrição dessa área é o de delimitar a área reservada, marcando-a com inalterabilidade, lhe garantido publicidade irrestrita e oponibilidade contra todos.

O antigo Código atendia as deliberações emanadas da Lei de Registro Público que determina a averbação da Reserva Legal junto à matrícula do imóvel e não admite que o registro seja feito fora das instituições registrais constitucionalmente previstas.

Com a criação pelo novo Código Florestal do Cadastro Ambiental Rural - CAR, no âmbito do Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente - SINIMA, que é um registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento, restou desobrigada a averbação no Cartório de Registro de Imóveis.

Este novo sistema gera incerteza quanto à eficácia de seu monitoramento, sendo que o controle que era feito por meio de averbação no sistema cartorário já havia demonstrado ser totalmente eficaz para este fim, além da previsão ser constitucional.

Assim, como a averbação da área de Reserva Legal é a verdadeira condição de existência do espaço protetivo é preciso saber como será garantida efetivamente à proteção dessas áreas, tendo em vista o princípio constitucional que é a proteção ao meio ambiente.

Portanto, a obrigação de averbação da área de reserva legal junto ao Registro de imóveis atendia o princípio da prevenção ambiental, dando concretude à diretriz constitucional de preservação, isto porque o meio ambiente deve ser protegido contra os excessos da produção econômica que afetam a sustentabilidade e contra os abusos das liberdades que a Constituição confere aos que exercem atividade econômica e uso indevido da propriedade.

O artigo 23 traz outra forma de flexibilização da Reserva Legal, já que determina a dispensa de autorização dos órgãos competentes para o manejo sustentável da exploração florestal sem propósito comercial, estabelecendo como

único limite à quantidade de exploração de 20 metros cúbicos por ano, desconsiderando que o impacto ao meio ambiente seja considerável.

No que diz respeito à regularização ambiental da reserva legal, o artigo 66 do Novo Código dispõe que o proprietário ou possuidor de imóvel rural que detinha, em 22 de julho de 2008, área de Reserva Legal com extensão inferior ao delimitado poderá recompô-la, permitir a regeneração natural da vegetação ou compensar a Reserva Legal.

A recomposição de que trata este artigo deverá ser concluída em 20 anos, abrangendo a cada 2 anos, 1/10 da área total necessária a sua complementação mediante o plantio intercalado de espécies nativas e exóticas.

Enquanto que no Código Florestal de 1965 estabelecia que a recomposição deveria ser feita mediante o plantio, a cada três anos, de no mínimo 1/10 da área total necessária à sua complementação, com espécies nativas, permitindo o plantio temporário de espécies exóticas como pioneiras, visando a restauração do ecossistema original.

Apesar de o novo Código ter reduzido o prazo para a recomposição, permitiu a utilização permanente de espécies exóticas, que podem ocupar até 50% da área a ser recomposta. Ocorre que o uso de espécies exóticas compromete sua função de conservação da biodiversidade e não assegura a restauração de suas funções ecológicas e dos serviços ecossistêmicos, ao contrário das nativas.

Ademais, a compensação extra propriedade, prevista nos parágrafos 5º e 6º do supracitado artigo, poderá ameaçar a preservação do meio ambiente, por diversas razões, entre eles, a de que o bioma pode ter uma infinidade de ecossistemas diferenciados.

E mesmo que a nova área fosse adquirida no mesmo bioma seria insuficiente como mecanismo de compensação.

Percebe-se, com isso, que a única consequência será a diminuição das áreas legalmente protegidas, uma vez que se retira a obrigatoriedade do proprietário ou possuidor do imóvel rural de recompor a reserva legal, para que este adquira uma área já protegida, contrariando a determinação constitucional de "restaurar os

processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas".

De todas as novas regras que demonstram a ausência de interesse em se recuperar as áreas de vegetação nativa, o artigo 67 traz explicitamente a impossibilidade do Poder Público de determinar a recuperação da maior parte das áreas de reserva legal degradadas. Isto porque, existem muitas pequenas propriedades rurais, o que torna impossível precisar qual era a área ocupada em 22 de julho de 2008 e, ainda, por cima coberta por vegetação nativa.

E, finalizando, o artigo 68 estabelece mais uma benesse aos infratores, já que dificilmente se conseguirá comprovar que a degradação não se deu após a edição do antigo Código Florestal, como também ignora, consoante nos ensina LEUZINGER (2011), a inexistência de direito adquirido contra norma constitucional e a previsão de cumprimento da função socioambiental da propriedade.

ADI

Diante de tantas irregularidades e descumprimento a preceitos constitucionais, a Procuradoria Geral da República, por meio do controle abstrato de constitucionalidade, ajuizou três Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade sob o nº 4901 questiona os dispositivos que tratam da redução da reserva legal (em virtude da existência de terras indígenas e unidades de conservação no território municipal), da dispensa de constituição de reserva legal por empreendimentos de abastecimento público de água, tratamento de esgoto, exploração de energia elétrica e implantação ou ampliação de ferrovias e rodovias, da possibilidade de compensação da reserva legal sem que haja identidade ecológica entre as áreas, da permissão do plantio de espécies exóticas para recomposição da reserva legal e da consolidação das áreas que foram desmatadas antes das modificações dos percentuais de reserva legal.

Já a Ação Direta de Inconstitucionalidade sob o nº 4902 questiona os artigos relacionados à permissão de novos desmatamentos sem a recuperação das áreas já realizadas irregularmente, a anistia de multas e outras medidas que desestimulariam a recomposição da vegetação original.

E, por último, a Ação Direta de Inconstitucionalidade sob o nº 4903 onde se questiona a redução da área de reserva legal.

As ações apontam os prejuízos ambientais decorrentes das alterações legislativas e busca demonstrar que o Novo Código Florestal é um retrocesso em matéria ambiental, pois torna frágil o regime de proteção dos espaços territoriais especialmente protegidos.

CONCLUSÃO

O Novo Código Florestal demonstra um retrocesso na preservação e prevenção ao meio ambiente, ao menos no que diz respeito aos espaços territoriais especialmente protegidos. As perdas são inúmeras.

As alterações violam a exigência constitucional de reparação dos danos causados, o dever geral de proteção ambiental previsto no art. 225 da Constituição da República, a exigência constitucional de que a propriedade atenda sua função social, além do princípio da vedação do retrocesso em matéria socioambiental.

O diálogo que levou a elaboração dessa nova norma demonstra que o Poder Público não está preocupado com implementação de medidas protetivas ao meio ambiente natural, desrespeitando ou, pior, ignorando o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, consagrado no caput do artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

E quem perde com isso? Nós, os ecossistemas e os biomas presentes em nosso país e, principalmente, as futuras gerações que não terão condições mínimas de terem um meio ambiente que lhes proporcionem uma vida digna.

Os prejuízos ambientais decorrentes dessas alterações legislativas fizeram com que a Academia Brasileira de Ciência e a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência- ABC (2011, p. 43), publicassem o seguinte texto:

> Entre os impactos negativos da redução de APP e de RL estão a extinção de espécies de muitos grupos de plantas e animais (vertebrados e invertebrados); o aumento de emissão de C02; a redução de serviços ecossistêmicos, tais como o controle de pragas,

a polinização de plantas cultivadas ou selvagens e a proteção de recursos hídricos; a propagação de doenças (hantavírus e outras transmitidas por animais silvestres, como no caso do carrapato associado à capivara); intensificação de outras perturbações (incêndios, caça, extrativismo predatório, impacto de cães e gatos domésticos e ferais, efeitos de agroquímicos); o assoreamento de rios, reservatórios e portos, com claras implicações no abastecimento de água, energia e escoamento de produção em todo o país.

Bibliografia

ABC- Academia Brasileira de Ciências e Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC. *Florestal O Código Florestal e a Ciência. Contribuições para o diálogo.* São Paulo: SBPC, 2011.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Comentários ao Novo Código Florestal.* Ed. Atlas S.A.: São Paulo, 2013.

BELO FILHO, Ney de Barros. *Pressupostos Sociológicos e dogmáticos da fundamentalidade do direito ao ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.* Tese (Doutorado em direito) – Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman V. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, p. 90, In: CANOTlLHO, J.J Gomes e LEITE, José Rubens Morato (Org.). Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos***.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 134297-8/SP*. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ: 22.09.1995. Disponível em: HTTP://www.stf.jus.br. Acesso em: 03.02.2014. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 22164-0/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Publicado no DJ: 17.11.1995. Disponível em: HTTP://www.stf.jus.br. Acesso em: 03.02.2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro.* 4ª Ed. Editora Saraiva: São Paulo, 2011.

DA SILVA, José Afonso. *Direito Ambiental Constitucional.* 10ª Ed., Malheiros Editores, 2013.

FIORELLO, Celso Antônio Pacheco. *Princípios do direito processual ambiental.* Ed. Saraiva, 2ª Ed., 2007.

GAVIÃO FILHO, Anizio Pires. *Direito Fundamental ao ambiente.* Porto Alegre: Livraria do advogado, 2005.

LEUZINGER, Márcia Dieguez. *Áreas Protegidas e Código Florestal.* Revista de Direitos Difusos. Ano XII, Vol. 56 – Dezembro de 2011.

MARUM, Jorge Alberto de Oliveira. *Meio Ambiente e direitos humanos.* Revista de Direito Ambiental. Coordenadores: Antônio Herman V. Benjamin e Édis Milaré nº 28, outubro/dezembro, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente.* Revista de Direito Ambiental. Coordenadores: Antônio Herman V. Benjamin e Édis Milaré nº 34, abril/junho, 2004.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente***.** 8ª Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito Ambiental Esquematizado.* Coord.: Pedro Lenza. Ed. Saraiva: São Paulo, 2013.

SERVINSKES, Luís Paulo. *Tutela constitucional do meio ambiente.* Ed. Saraiva, 2ª Ed., 2010.

THOMÉ, Romeu. *Manual de Direito Ambiental.* Ed. Jus Podivm. 3ª Ed., 2013.

FEDERAÇÃO COMO MECANISMO DE PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Mariana Penha Gonçalves[55]

Introdução

O constituinte brasileiro enumerou as competências da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios, distribuindo-as entre competência comum, concorrente e privativa. Tal distribuição revela o objetivo do legislador constitucional de centralizar mais ou menos certas políticas.

Contudo, podemos perceber que há uma tendência de supremacia federal sobre os Estados, o que vai de encontro aos princípios inicialmente propostos pelo modelo clássico de federalismo americano. Isso se deve às mudanças de concepção que se dá ao objetivo do federalismo, pois se antes ele tinha como função assegurar a autonomia regional, atualmente essa função passa a ser política, de garantia dos direitos e garantias fundamentais e da democracia participativa.

Um dos mecanismos de fortalecimento do federalismo se encontra na competência legislativa concorrente, que favorece a descentralização política e a coordenação dos interesses nacionais, pois aperfeiçoa a distribuição do poder dos representantes do povo dividindo o poder soberano de legislar entre as esferas de poder da União e dos Estados-membros.

Entretanto, diversamente da concepção de legislação concorrente do federalismo americano, o Brasil atribui esse tipo de competência às matérias comuns, cabendo à União as normas gerais e aos Estados-membros as normas específicas.

Em relação à proteção ambiental, tal competência concorrente possibilita os Estados e Distrito Federal a iniciativa de legislar sobre a matéria mesmo que a União se mantenha inerte, permitindo maior proteção a esse bem jurídico.

[55] Mestranda em Direito Constitucional e Sociedade pelo Instituto Brasiliense de Direito Público- IDP

Desse modo, o estudo da relação entre o modelo federativo e a defesa do meio ambiente se revela significativo, tendo em vista a atual repartição de competência prevista na Constituição brasileira de 1988.

1. O surgimento do federalismo no Brasil e seu desenvolvimento.

A origem do Estado brasileiro se encontra num ato legislativo que transformou as províncias imperiais (Estado Unitário) em Estados-membros (Estado federal). A consolidação da criação dos Estados-membros se dá com a Constituição de 1891 que instituí os Estados Unidos do Brasil (FARIAS, 1997. p. 284-285).

Diversamente do que aconteceu na formação da Federação norte-americana, que teve como preocupação central a unidade do país, o federalismo brasileiro foi introduzido como meio para a descentralização do poder. Através da Constituição de 1891 os recursos públicos foram divididos entre poucos Estados-membros, revelando que a federação brasileira já iniciou com o favorecimento de alguns entes em relação aos outros e escassa relação entre eles (SOUZA, 2005. P.107) .

Essa mesma Constituição concedeu grande autonomia aos Estados-membros, seguindo o modelo de federalismo adotado pelos Estados Unidos, Suíça e México, o que foi modificado na reforma de 1926, a qual ampliou os casos de intervenção da União nas obrigações dos Estados e demonstrou a vocação centralista do poder político brasileiro (FARIAS, 1997. p. 286).

Orlando Bitar, apud Farias (1997, p. 287/288), descreve duas fases do federalismo no Brasil, a primeira chamada de federalismo segregacionista, que vai de 1889 até 1934, e é marcada pela ênfase na autonomia local, somente se admitindo a ação federal nos Estados-membros para prestação de socorro, e a segunda fase chamada de federalismo orgânico ou de cooperação, que dá maior importância na cooperação dos entes, permitindo a ajuda financeira da União para os Estados-membros.

Analisando as Constituições brasileiras anteriores à 1988 podemos constatar as seguintes características do modelo federalista brasileiro: na Carta de 1937, os Estados se tornam meros departamentos sob a administração do governo

central, já na Constituição de 1946 a autonomia estadual é acentuada através do regime eleitoral com voto secreto e representação proporcional no Congresso, e ainda, com a garantia aos governadores eleitos de que não haveria intervenção federal (FARIAS,1997. p. 287/288).

Na Constituição de 1967 e Emenda nº 1 de 1969, nota-se a preocupação com o desenvolvimento econômico, social e com a segurança nacional, isso fez com que houvesse um fortalecimento da centralização do poder da União e consequente redução da autonomia dos Estados, permitindo a ingerência das finanças estaduais através de fundos, cuja aplicação era planejada e fiscalizada pelos órgãos centrais (FARIAS,1997. p. 287/288).

Por fim, com a promulgação da Constituição de 1988 é realizada uma grande mudança, com o surgimento do Município como ente federal e atribuindo a este autonomia. Tudo isso criou as bases para um federalismo de equilíbrio, com a modernização da repartição de competências dos entes federados, bem como a melhor repartição das rendas tributárias, a diminuição das hipóteses de intervenção federal, e o alargamento da autonomia legislativa dos Estados a partir do seu ingresso na legislação concorrente (FARIAS, 1997. p. 287/288).

2. A lógica Kelseniana:

O Estado federado é caracterizado pela divisão de competências entre os entes que o compõe, assim, tal forma de estado pressupõe a existência de mais de uma ordem jurídica no mesmo território (FARIAS,1997, p. 288).

Passando essa lógica para o modelo brasileiro, nós temos que a nossa federação é composta por quatro ordens jurídicas, quais sejam, a ordem total, representada pelas leis de caráter nacional, a ordem geral, representada pelas leis federais e as ordens parciais que se referem às leis estaduais e municipais (FARIAS,1997, p. 288).

Para Kelsen, um Estado federal é composto por pelo menos três ordens jurídicas, a Constituição total, a da União e a dos Estados-membros. Sendo que a Constituição total tem uma ordem jurídica mais ampla, pois nela estão os princípios gerais de organização e ordenamento da União e dos Estados-membros.

As ordens jurídicas da União e dos Estados são consideradas juridicamente iguais, pois são igualmente subordinadas à ordem jurídica superior da Constituição total (FARIAS,1997, p. 289).

Como consequência desse raciocínio, temos que não pode haver entre as ordens jurídicas dos Estados e da União uma relação de dependência ou subordinação, mas sim de coordenação, pois ambas devem obediência à Constituição Federal. Assim, não há o que se falar em hierarquia das leis federais e municipais, sendo o conflito entre as duas espécies normativas impossível em virtude da harmonia interna no sistema constitucional (FARIAS,1997, p. 289).

3. A repartição de competências como distribuição do poder.

As Constituições federais mais recentes têm adotado o modelo de repartição de competências denominado vertical, tendo em vista que distribui as mesmas matérias legislativas tanto para os Estados quanto para a União. Disso resultou a técnica da legislação federal fundamental, que confere à legislação federal as linhas essenciais e à legislação local a elaboração de normas gerais que mais se adequarem às exigências estaduais (FARIAS,1997, p. 290-291).

O que vemos, no entanto, é a tendência cada vez maior de dar supremacia federal sobre os Estados-membros, colocando em perigo a preservação do federalismo diante da centralização do poder político. Tal centralização que era justificada com o argumento de gerar maiores benefícios para a concretização dos anseios populares, contudo, esse não foi o resultado, tendo em vista a permanência das desigualdades e das injustiças sociais (FARIAS,1997, p. 292).

Uma solução para esse quadro é o fortalecimento do federalismo, com a distribuição do poder entre os entes federados (federalismo de equilíbrio) utilizando o método da competência concorrente, o qual deve prezar pela prevalência das normas gerais como limite constitucional à União (FARIAS,1997, p. 292).

4. A competência concorrente e a possibilidade de conflito entre normas gerais e especiais em matéria de meio ambiente.

A proteção do meio ambiente está prevista como competência comum entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e também como competência concorrente entre a União, Estados e Distrito Federal. Dessa forma, a questão central é saber como tal divisão de competências favoreceria a proteção do meio ambiente (FARIAS,1997, p. 295).

Com relação à competência concorrente, cabe à União estabelecer as normas gerais e aos Estados as normas especiais, todavia, não se sabe ao certo a definição de tais tipos normativos, mas apenas que um tem maior abrangência e o outro menor (FARIAS,1997, p. 296).

O problema se encontra na possibilidade de conflito entre as normas gerais e especiais em matéria de direito ambiental, pois como dissemos acima, a Constituição não define concretamente a diferença entre normas gerais e especiais, e não podemos falar em hierarquia entre as duas (FARIAS,1997, p. 298).

Farias (1997, p. 299) entende que, no caso de conflito entre normas gerais e especiais em direito ambiental deve-se utilizar o critério denominado de *in dubio pro natura,*ou seja, deve prevalecer a norma que defenda melhor o direito tutelado.

5. O amianto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

O amianto é uma fibra de origem mineral, que é utilizado atualmente como matéria-prima na produção de artigos de cimento-amianto para a indústria da construção civil e em outros produtos como guarnições de freios, juntas, tecidos, pisos, entre outros. O problema é que o amianto é uma substância perigosa que apresenta comprovado potencial cancerígeno em qualquer das suas formas. Inclusive, vários instrumentos internacionais informam a sua periculosidade e a sua substituição seja feita sempre que possível (MEDINA, 2007. p. 3).

No Brasil o amianto tem sido usado há muitas décadas, todavia não existe um estudo que especifique quantas pessoas foram e são expostas a essa substância (MEDINA, 2007. p. 3).

Por causa da grande utilização do amianto e o seu comprovado caráter prejudicial à saúde foi que a constitucionalidade de uma lei estadual, a qual restringia o uso e a exploração desse produto, foi discutida no Supremo Tribunal Federal em dois ciclos diferentes o primeiro compreendeu o julgamento das ADIs nº 2.396 e nº 2.656; e o segundo, que envolve o julgamento das ADIs nº 3.355, nº 3.356, nº 3.357, nº 3.406, nº 3.470, nº 3.937 e ADPF nº109 (MEDINA, 2007. p. 3).

Nos dois casos o Governador do Estado de Goiás se insurgiu contra as limitações impostas pelo Estado do Mato Grosso do Sul e pelo Estado de São Paulo ao comércio de produtos que continham amianto (MEDINA, 2007. p. 4).

A questão foi julgada em dois períodos distintos, o primeiro em 2001, quando a medida liminar foi concedida à unanimidade, e o segundo, em 2003, quando o Supremo confirmou a liminar deferida e declarou a inconstitucionalidade da Lei Estadual (MEDINA, 2007. p. 4-5).

Interessante notar que no primeiro julgamento a questão constitucional foi analisada sob o ponto de vista da competência concorrente da União e dos Estados para legislar. Vemos que esse é o caso de conflito apontado pelo ilustre Professor Paulo Leite, o qual foi descrito acima, mas que nesse primeiro julgamento não foi utilizado o seu método de resolução através do princípio do *in dubio pro natura.* Inclusive a Exma. Ministra Relatora Ellen Gracie afirmou que não caberia ao STF analisar as propriedades do amianto ou mesmo os riscos da sua utilização, pois isso é de competência das autoridades sanitárias (MEDINA, 2007. p. 5).

Nesse caso, Medina (2007. p. 5) ressalta a inadequação do papel institucional do Supremo, que foge da discussão sobre as consequências para a população do uso dessa substância e apenas se limita a analisar a norma e sua relação com a Constituição.

Outra questão relevante é a utilização pelo Supremo do argumento fundado na suposta extrapolação dos limites gerais reservados privativamente ao âmbito federal e já exercidos pela lei federal.

Ora, como vimos acima, analisando pela lógica kelseniana não há essa subordinação ou dependência da norma dos Estados para com a norma da União, pois as ordens jurídicas que compõem a federação não possuem uma relação de hierarquia.

A conclusão do julgamento do primeiro ciclo se deu da seguinte forma, a ação foi julgada parcialmente procedente, à unanimidade e declarou-se a inconstitucionalidade da lei do Estado do Mato Grosso do Sul que restringia o uso do amianto na localidade, tendo em vista a invasão da competência da União pelo Estado (MEDINA, 2007. p. 11).

Analisando essa decisão através do princípio do *in dubio pro natura* vemos que a importância da preservação dos diversos tipos de meio ambiente, tanto o natural como o artificial e o do trabalho não foram levados em consideração. Diversamente da conclusão que foi expressada na decisão, de que o papel do Supremo Tribunal Federal não é o de analisar os riscos que tal substância pode gerar para o meio em que vivemos, a própria Constituição Federal dispõe em seu artigo 225, que o meio ambiente é direito de todos e é dever do poder público e da coletividade de protegê-lo e preservá-lo, e isso inclui o STF.

Desse modo, a apreciação dessa questão pelo Supremo não poderia se limitar à questão norma geral/norma específica, mas sim na averiguação se a exploração do amianto pode ou não interferir de maneira perigosa no meio ambiente.

O segundo ciclo de julgamentos do STF sobre o amianto, que foi iniciado em 2004, também caminhava para o mesmo raciocínio demonstrado no primeiro, que se restringia a analisar o vício formal da legislação estadual que teria invadido a competência concorrente da União (MEDINA, 2007. p. 8).

Contudo, houve uma mudança relevante no caso através da intervenção como *amicus curiae* da Associação Brasileira das Indústrias e Distribuidores de Produtos de Fibrocimento – ABIFRIBRO, a qual expôs como um de seus argumentos o caráter econômico da questão, tendo em vista que as empresas estavam ignorando o caráter danoso do amianto apenas para que tivessem um aumento nos seus lucros, pois a substituição da substância representaria um acréscimo nos custos (MEDINA, 2007. p. 8).

Essa intervenção fez com que o Ministro Eros Grau refletisse na possibilidade da matéria não ser apenas analisada do ponto de vista formal, mas também sob o ponto de vista do direito à saúde, que é um direito assegurado pela Constituição, assim como é o direito ao meio ambiente equilibrado.

CONCLUSÃO

O surgimento do federalismo no Brasil teve como objetivo principal a descentralização e não a união dos entes federados, o que com o tempo e as diversas constituições posteriores ocasionaram a fraca autonomia política e financeira dos Estados, impedindo uma maior aceitação do federalismo de equilíbrio.

Contudo, com o estabelecimento pela Constituição de 1988 da competência concorrente, é possível notar um grande avanço para o fortalecimento do federalismo nacional. E, é através desse modelo de distribuição de competência que podemos esperar uma proteção maior dos bens jurídicos, entre eles o meio ambiente.

Assim, a competência concorrente significa um espaço de atuação maior, em que os Estados e a União, por meio da legislação podem assegurar a defesa do meio ambiente, não podendo ser mais admitida a noção simplista de normas gerais e normas específicas.

Como visto acima, a solução de um possível conflito entre normas estaduais e federais não pode ser fundamentado no argumento de hierarquia ou submissão entre elas, pois como evidencia Kelsen, a federação é composta de ordens jurídicas iguais.

Portanto, é importante pensar além do formalismo jurídico e adotar como uma das possíveis soluções a aplicação do princípio do *in dubio pro natura,* levando em consideração não apenas o texto constitucional, mas também as consequências que tal decisão pode gerar na sociedade.

Bibliografia

FARIAS, Paulo José Leite. *A federação como mecanismo de proteção do meio ambiente*, In Revista de Informação legislativa, nº 154, ano 33, julho/set., Brasília, 1997.

MEDINA, Damares. *O amianto na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: 1º ciclo.* Observatório da jurisdição constitucional. IDP, ano 1, dez. 2007.

MEDINA, Damares. *O Amianto na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: 2º ciclo.* Observatório da Jurisdição Constitucional, Brasília, ano 1, dez. 2007.

SOUZA, Celina. Federalismo, desenho constitucional e instituições federativas no Brasil pós-1988. Revista de Sociologia Política. Nº 24, junho, Curitiba, 2005.

ORDEM URBANÍSTICA E A CRIMINALIDADE URBANA COMO UMA CORRELAÇÃO NECESSÁRIA: UMA CRÍTICA AO PROGRAMA TOLERÂNCIA ZERO.

Luana Teresa F. C. Gomes[56]

Resumo: O crescimento das cidades é um fenômeno presente, inevitável e constante. O avanço citadino acarreta o aumento da população, o que gera a urbanização. A urbanização traz consigo vários males e um deles é o aumento da criminalidade. Neste artigo será abordado o tema ‘criminalidade’ correlacionado com a ‘ordem urbanística’. Os estudos científicos da ordem urbanística podem colaborar na elaboração de políticas públicas voltadas à prevenção da criminalidade. O ideal é que possamos combater o crescimento da violência urbana com medidas que busquem a raiz do problema, e por essa razão não são bem-vindas medidas pontuais e ilusórias, como parece ser o Programa Tolerância Zero.

Palavras-chave: Ordem urbanística. Criminalidade. Prevenção. Políticas públicas.

Introdução

O crescimento das cidades é um fenômeno atual, inevitável e constante. Esse avanço citadino acarreta, consequentemente, o aumento da população, eis que o surgimento da “cidade grande” alimenta esperanças encantadoras (que nem sempre se tornam realidade).

Nesse contexto entra em cena o Direito Urbanístico, ramo composto de normas que ordenam o território (urbano ou rural). Essa ordenação se faz necessária em nome de um bem maior - o interesse coletivo.

O avanço populacional desordenado pode causar uma série de problemas à população, ocasionando, inclusive, a carência dos direitos mais básicos aos cidadãos. Não é por outra razão que esse crescimento, como fator multifário que é, deve ser acompanhado de estudos que o viabilizem, de forma efetiva, porém segura.

É nessa onda de preocupação com o avanço populacional que a Constituição Federal, em seu art. 182, nos apresentou o Plano Diretor – um instrumento que coordena a funcionalidade de uma cidade. Com isso, o Poder

[56] Aluna especial do Mestrado em Direito do Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP.

Público garante o pleno desenvolvimento urbano sem deixar de lado o bem-estar dos habitantes.

De acordo com a Constituição Federal, o Plano Diretor é um instrumento básico da política de desenvolvimento urbano, exigido para as cidades com mais de vinte mil habitantes[i]. O crescimento estratégico de uma cidade está, portanto, inserido no rol de preocupações do Constituinte.

Inobstante o exposto, a orientação dada pelo Constituinte foi tímida se comparada com a projeção de alcance a que poderia chegar. A preocupação constitucional não deveria se ater, somente, à questão estratégica do solo urbano/rural (seu uso, parcelamento, edificações, etc.), mas a toda política pública que pudesse garantir, de fato, o melhor desenvolvimento urbano.

Com efeito, a noção que se deve ter de desenvolvimento urbano, atrelado à garantia de bem-estar dos habitantes de uma cidade, é incomparavelmente maior do que o que tem sido alcançado na prática com a edição dos Planos Diretores de Ordenamento Territorial de vários Estados brasileiros – a questão fundiária.

A pretensão aqui apresentada pode ser resumida, transformando uma afirmação em um questionamento: Não seria, ainda, o momento de uma concepção de planejamento urbano que visasse à diminuição da violência na cidade para garantir o valor constitucional do bem-estar de seus habitantes?[ii]

A correlação entre a ordem urbanística (planejamento urbano) e prevenção da criminalidade (violência urbana) será objeto de abordagem deste artigo.

A Ordem urbanística como fator de prevenção da criminalidade

A garantia do bem-estar a um habitante da cidade é uma atribuição multifária e, como diz José Afonso da Silva, está ligada a um sem número de necessidades conexas à fixação do ser humano em uma cidade (2008, p. 19).

A urbanização é uma realidade inconteste, eis que o crescimento da população urbana tomou proporções superiores em comparação à população do campo. Junto com essa realidade surgem vários problemas envolvendo o meio

ambiente, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança e todo o plexo configurador do bem-estar de um cidadão.

Diante deste quadro, que é irreversível, entra em cena o Estado, com a edição de políticas públicas voltadas para o planejamento estratégico da cidade. Dessa forma, o pressuposto da "urbanização" (uma realidade) é o ponto de partida para que o Poder Público formule as políticas públicas de "urbanificação". A urbanificação, de certa maneira, tem a pretensão de reparar/atenuar os males causados pela urbanização descontrolada.

É cediço que a urbanização ocorre de forma assustadoramente crescente e ininterrupta. Mas esse fenômeno não cresce sozinho. A urbanização carrega consigo os sonhos e as esperanças próprios dos cidadãos, e até mesmo a crença dessas pessoas no sentido de que lhes serão garantidos os direitos mais básicos.

Nesse sentido, levando-se em consideração que o comportamento humano é orientado pelas condições sociais em que vive um cidadão, a urbanização tem relação direta com o comportamento desviado. Veja o que dizem García-Pablos de Molina e Luiz Flavio Gomes sobre isso (2012, p. 109):

> A grande cidade, moderna, impessoal, conflitiva e anônima, que acumula riqueza e tentações, onde o fenômeno da imitação alcança maiores índices e mais frágil resulta o controle social, assim como os grupos primários, desempenha um papel decisivo na teoria da criminalidade (...)

Sendo a violência urbana um dos males causados pelo processo de urbanização, parece-nos de bom tom que a preocupação constitucional com o desenvolvimento urbano alcance, igualmente, o prospecto de prevenção da criminalidade.

O trabalho conjunto, tal como proposto (direito urbanístico e direito penal), é uma forma de potencializar as soluções para problemas que alcançam feição global, como é a criminalidade nos dias de hoje. MORIN salienta a importância de se trabalhar os saberes de forma conjunta, correlacionada (2009, p.13):

> Há inadequação cada vez mais ampla, profunda e grave entre os saberes separados, fragmentados, compartimentados entre

> disciplinas, e, por outro lado, realidades ou problemas cada vez mais polidisciplinares, transversais, multidimensionais, transnacionais, globais, planetários.

Essa correlação (urbanização X criminalidade) nos remete às ideias defendidas no contexto da Escola de Chicago, uma das vertentes da criminologia americana. A escola criminológica de Chicago encarou o crime como sendo um fenômeno ligado a uma área natural, ou seja, o ponto de partida para o estudo e combate da criminalidade, de acordo com a Escola de Chicago, era efetivamente o espaço urbano (CALHAU, 2007, p. 59-60).

Nesses moldes, o que se nota é que o sonho de ir pra cidade grande nasce com a forte convicção de que, no mínimo, o cidadão irá crescer pessoal e profissionalmente. Mas na prática, muitas vezes sequer a dignidade da pessoa humana é respeitada. Essa frustração pode gerar, sem dúvida, o cidadão criminoso (essa afirmação, por óbvio, não se esgota em si mesma, considerando a unidade complexa que é o crime).

Sabendo que a urbanização desordenada é causa geradora da criminalidade, há efetiva inércia estatal em não promover as políticas públicas necessárias nesse sentido, para não somente fomentar o progresso urbano, mas também garantir a segurança.

Programa Tolerância Zero

O Programa Tolerância Zero nasceu, genuinamente, da seguinte ideia: se por uma atitude de depredação alguém quebrar as janelas de um prédio e esse estrago não for reparado posteriormente, isso vai significar que quebrar mais janelas não é um problema, eis que conviver com isso é normal. Repare o que dizem Kelling e Wilson (1982, p. 29-38), os criadores dessa Teoria[iii]:

> *Social psychologists and police officers tend to agree that if a window in a building is broken and is left unrepaired, all the rest Windows will soon be broken. This is a true in nice neighborhoods as in rundown ones. Window-breaking does not necessarily occur on a large scale because some areas are inhabited by determined window-breakers whereas others are populated by window-lovers; rather, one unrepaired broken window is a signal that no one cares, and so breaking more windows costs nothing (it has always been fun).*

A ideia central do Programa é punir as pequenas infrações, pois a tolerância pode conduzir a sociedade ao estado de anomia, trazendo à tona um terreno fértil para que crimes mais graves sejam sempre cometidos. De acordo com Belli (2004, p. 64), é como se a violência urbana e os crimes graves fossem o último elo de uma cadeia causal, e o ponto de partida para essa cadeia ter início são as pequenas infrações.

Nesse ponto, merece destaque a crença dos defensores do Programa Tolerância Zero no sentido de que a criminalidade encontra justificativa em causas individuais (mesmo que não se concorde com o valor de destaque). Wilson e Kelling acreditam que a solução para a criminalidade é a intolerância quanto aos pequenos atos de infração e a chave para alcançar esse sucesso está centrada em uma só figura: o aparato policial (1982, p. 29-38)- "Thoug citizens can do a great deal, the police are plainly the key to order maintenance."[iv]

Como se nota, há uma estratégia de policiamento baseada na manutenção da ordem para punir os pequenos infratores, como pichações, mendicância, etc., e tudo isso com a bandeira da 'melhor qualidade de vida' (quality-of-lyfe initiative).

Programa Tolerância Zero: manifestação de um direito penal simbólico

Um Estado Democrático de Direito como o nosso, que é palco aberto e incentivador da opinião pública (em que pese as opiniões serem muitas vezes induzidas), é campo fecundo para ideias totalitárias como as do Programa Tolerância Zero.

Vivemos uma crise de insegurança que está homogeneamente instalada no Brasil. Não é por outra razão que qualquer promessa veiculadora da esperança de se combater à criminalidade ganha peso com facilidade, mesmo que se trate de uma falácia eloquente.

Nesse contexto de insegurança, a sociedade acaba credenciando atitudes abusivas por parte da polícia, na ilusão de que a justiça está sendo feita. A sociedade brasileira, ao legitimar comportamentos policiais totalitários, está, por vias

transversas e paulatinamente, aceitando a transição do Estado Democrático de Direito para um Estado Penal (BELLI, 2004).

Há que se ter cautela, portanto, com discursos que nos remetam à efetivação de um Direito Penal simbólico, ou seja, uma manifestação eloquente de Direito Penal, mas sem eficácia alguma (ou, no máximo, com uma eficácia simbólica).

O Direito Penal simbólico surge na onda da expansão descontrolada do Direito Penal. Neste contexto, o direito penal vem assumindo uma nova roupagem, com tom de dominação, pugnando, de forma enfática, pelo punitivismo. Vejamos o que diz Suxberger sobre o tema (2006, p.66):

> Cumpre enfrentar, ainda que de modo abreviado, algumas características do fenômeno de expansão do direito penal da atualidade. Nas manifestações de expansão do ordenamento jurídico-penal, parece que o ponto essencial reside na compreensão de dois fenômenos: o chamado ‘direito penal simbólico’ e o ressurgimento de um ‘punitivismo’.

Vale mencionar, nesse ponto, que o maior temor que se pode ter em relação à essa onda de Direito Penal Simbólico é ver a sociedade legitimando manifestações totalitárias, abusivas. Esse receio foi bem ressaltado por Belli em sua obra (2004, p.33):

> A polícia pode exceder-se ou atuar fora das atribuições que a lei lhe outorga, mas isto não representaria um risco tão grande para a democracia e a legitimidade se não tivesse o apoio dos cidadãos. A situação é muito paradoxal, pois a comunidade que deveria dizer à polícia ‘cuidado, respeito os direitos humanos dos cidadãos’, está começando a dizer-lhe o contrário, e o está fazendo por medo da violência e da delinquência.

Ademais disto, trabalhar com o Programa Tolerância Zero como sendo a única forma de se prevenir a criminalidade é uma forma, no mínimo, irresponsável de se encarar um problema tão difuso. Vejamos o que diz Morin sobre isso (2009, p. 14 e 15):

> Efetivamente, a inteligência que só sabe separar fragmenta o complexo do mundo em pedaços separados, fraciona os problemas, unidimensionaliza o multidimensional. Atrofia as possibilidades de compreensão e de reflexão, eliminando assim as oportunidades de um julgamento corretivo ou de uma visão à longo prazo. (...) Uma

inteligência incapaz de perceber o contexto e o complexo planetário fica cega, inconsciente e irresponsável.

Assim, teme-se que a adoção irrestrita e leviana do Programa Tolerância Zero pode nos tirar a garantia do Estado Democrático de Direito, nos remetendo, por consequência, a um Estado Penal. E legitimar um Estado Penal, com condutas totalitárias e abusivas, é uma medida de desespero que torna frágil toda a luta pela Democracia.

CONCLUSÃO

A urbanização é um fenômeno que se faz presente em nossa realidade, eis que é consequência do crescimento das cidades. Um dos males causados pela urbanização é a criminalidade urbana, que também já é uma realidade assente.

O crescimento das cidades é um sinal de avanço e, por essa razão, deve ser incentivado pelo Estado. Todavia, esse crescimento deve vir acompanhado de estudos que propiciem o avanço saudável, ou seja, o avanço que garanta os direitos mínimos dos cidadãos, como, por exemplo, a segurança.

Como a violência urbana é um dos males causados pela urbanização, os estudos correlacionando a ordem urbanística e a criminalidade podem contribuir, inclusive, para a prevenção da criminalidade. Como o crime é uma realidade complexa, os estudos científicos de ordem urbanísticas voltados à prevenção da criminalidade seriam, apenas, mais um mecanismo de ajuda no combate à criminalidade (para uma realidade complexa, várias possibilidades de resolução do problema).

A adoção de medidas desesperadoras pode ser um comportamento perigoso, que ao fim e ao cabo pode acabar nos conduzindo a um Estado Penal. Isso enfraqueceria, por consequência, nossa democracia. Por essa razão, entendemos que o Programa Tolerância Zero não representa uma boa opção para o Brasil, por ser uma medida de Direito Penal simbólico – busca resolver o problema de forma superficial, sem se preocupar com as causas originárias que geraram a criminalidade.

Num desfecho, o que se pretende é demonstrar que a criminalidade pode ser prevenida com estudos científicos que alcancem a raiz do problema. Os estudos da ordem urbanísticas podem assumir essa feição de atuação preventiva e, o que é mais importante, atuando diretamente em uma das causas do problema.

NOTAS

---

i **Art. 182 da Constituição Federal.** A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. **§1º.** O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento de expansão urbana.

ii Paulo Farias, ao tratar da possibilidade de os estudos da ordem urbanística contribuírem para a prevenção da criminalidade, In Ordem Urbanística e a prevenção da criminalidade, Revista de Informação Legislativa nº 168, ano 42, out./dez., Brasília, 2005.

iii Tradução livre: Os psicólogos e a polícia tendem a acreditar que se uma janela de um prédio for quebrada e não consertarem esse estrago, todas as outras janelas também serão em breve quebradas. Isso é uma realidade tanto para os bairros nobres quanto para as periferias. Janelas não são quebradas com frequência, eis que algumas áreas não são habitadas pessoas pré-dispostas a isso, e outras áreas são habitadas por “pessoas que amam janelas” (pessoas cuidadosas, esse seria o sentido). Mas uma janela quebrada não reparada é sinal de que ninguém se importa, o que significa que quebrar mais janelas não vai custar nada (isso sempre parecerá divertido).

iv Tradução livre: Embora os cidadãos possam colaborar em muitos aspectos, a polícia é, sem dúvida, a chave para que a ordem seja mantida.

Bibliografia

BELLI, Benoni. *Tolerância Zero e Democracia no Brasil*. São Paulo: Perspectiva, 2004.

_____________Polícia, “Tolerância Zero” e Exclusão Social. In Novos Estudos CEBRAP, nº 58, novembro 2000.

CALHAU, Lélio Braga. *Resumo de Criminologia*. 2 ed. Rio de Janeiro: Ímpetus, 2007.

FARIAS, Paulo José Leite. *Ordem urbanística e a prevenção da criminalidade*. In Revista de Informação Legislativa, nº 168, ano 42, out./dez., Brasília 2005.

MOLINA, Antonio García-Pablos. GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal. Fundamentos e Limites do Direito Penal.* Coleção Criências Criminais. V.1. 3ed. São Paulo: RT, 2002.

MORIN, Edgar. *A Cabeça Bem-Feita. Repensar a Reforma. Reformar o Pensamento*. Rio de Janeiro: Betrand Brasil, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. *Legitimidade da Intervenção Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

WILSON, James Q. KELLING, George L. *Broken Windows. The Police and Neighborhood Safety*. In Atlantic Monthly. 29-38, March, 1982.

Constituição Federal do Brasil.